

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**MARION BACH**

**LEIS PENAIS EM BRANCO E PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL:**

análise à luz da sociedade contemporânea

**CURITIBA**

**2012**

**Marion Bach**

**LEIS PENAIS EM BRANCO E PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL:**  
análise à luz da sociedade contemporânea

**Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre, na área de concentração Direito do Estado, Universidade Federal do Paraná.**

**Orientador: Prof. Dr. João Gualberto Garcez Ramos**

**Prof. Dr. Fábio André Guaragni**

**Prof. Dr. Paulo César Busato**

**CURITIBA**

**2012**

# **LEIS PENAIS EM BRANCO E PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL:**

análise à luz da sociedade contemporânea

Marion Bach

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito do Estado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná pela comissão formada pelos professores:

Orientador: Prof. Dr. João Gualberto Garcez Ramos

Membro: Prof. Dr. Fábio André Guaragni

Membro: Prof. Dr. Paulo César Busato

Curitiba, 26 de março de 2012.

Aos meus pais, Marco e Norma, com gratidão.  
Vez que palavras serão sempre insuficientes,  
Toda e qualquer conquista minha,  
É de vocês.

Ao mano, por acompanhar os meus primeiros  
- e todos os outros – passos.

Ao Smith, por compartilhar sonhos,  
e ajudar a transformá-los em realidade.

## **AGRADECIMENTOS**

Muitos foram os que contribuíram – direta ou indiretamente – para a realização desse projeto.

O passo inicial se deve ao valioso incentivo de meus companheiros de profissão – e, tenho a felicidade de dizer, queridos amigos -, Alaor Leite, Eduardo Sanz de Oliveira e Silva e Luiz Henrique Merlin.

O passo seguinte, e muitos outros que vieram, foram possíveis graças ao meu generoso orientador, Prof. Dr. João Gualberto Garcez Ramos, que depositou em mim toda a confiança (que espero ter honrado).

No decorrer do curso de mestrado tive o privilégio de contar com preciosos ensinamentos de Professores que merecem o registro: Prof. Dr. João Gualberto Garcez Ramos, Prof. Dr. Eduardo de Oliveira Leite, Prof. Dr. Juarez Cirino dos Santos, Prof. Dr. Cesar Antonio Serbena, Prof<sup>a</sup>. Dra<sup>a</sup>. Katie Arguello, Prof. Dr. Ivan Guérios Curi e Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar.

Pude receber o apoio – além de compartilhar do gosto pelo Direito Penal – de meus colegas Christian Laufer, Leandro Gornicki Nunes, Reinaldo Santos de Almeida Júnior e José Eduardo L. dos Santos.

Se fui positivamente surpreendida no âmbito acadêmico e profissional, o mesmo posso dizer no aspecto pessoal. O curso possibilitou o encontro com Smith Robert Barreni, de quem virei fã incondicional.

O desfecho desse enriquecedor trajeto não poderia ser melhor: pude contar, como membros de minha banca avaliadora, com dois profissionais pelos quais guardo profundo respeito e admiração: Prof. Dr. Fábio André Guaragni e Prof. Dr. Paulo César Busato, os grandes responsáveis por despertar – e eternizar - em mim o interesse pelo Direito Penal.

Participação menos direta - mas não menos importante - tiveram os meus alunos, que diariamente me incentivam e inspiram.

Finalmente, essa conquista não seria a mesma se não pudesse ser compartilhada com meus (desde sempre) amigos e sequer seria possível sem àqueles a que devo tudo (e sempre um pouco mais): meus pais.

A todos, minha tão sincera quanto eterna gratidão.

## RESUMO

A sociedade contemporânea assiste a transformações significativas na dogmática penal, não sendo rara a alegação, por parte dos estudiosos, de que estaria o Direito Penal – assim como o princípio da legalidade, sua pedra angular - em crise. Dentre as razões que inspiram tal alegação, destaca-se a (suposta) inconstitucionalidade das chamadas leis penais em branco. No intuito justamente de verificar a sua (in) compatibilidade com o princípio da legalidade penal, revela-se essencial, então e de modo preliminar, analisar o “espírito do tempo” em que referido princípio – e suas garantias decorrentes – foi traçado: o período iluminista, que, baseado nas teorias de contrato social e no pensamento cartesiano, buscou a limitação do poder absoluto do Estado e a exaltação do indivíduo. Em seguida, impõe-se traçar um conceito delimitado de leis penais em branco, o que se faz com base nos próprios fundamentos que justificam a existência de tal técnica legislativa. Finalmente, inserem-se tanto as leis penais em branco quanto o princípio da legalidade no “espírito do tempo” da sociedade contemporânea: uma sociedade “de riscos”, que, baseada na filosofia da linguagem, reconhece bens jurídicos coletivos e busca limitar o poder não somente do Estado, mas também das grandes corporações.

Palavras-chave: Princípio da legalidade penal; leis penais em branco; espírito do tempo; constitucionalidade; requisitos.

## ABSTRACT

Our contemporary society beholds meaningful transformations in the criminal dogmatic, being not rare the claims, from scholars, that criminal law and the principle of legality, its cornerstone, are in a crisis. Amongst the reasons that serve as a basis for such claims are the (supposed) unconstitutionality of the blank criminal laws. When aiming at the verification of its (in) compatibility with the principle of criminal legality, it becomes clear that – preliminarily - the analysis of when the *zeitgeist* and its arising guarantees have been traced is essential: the illuminist period which, based on theories of the social contract and cartesian thought, sought limitations to the absolute power of the state and the exaltation of the being. Afterwards, a delimited concept of blank criminal laws must be drawn, based on the very foundations that justify such legislative technique. Finally, both blank criminal laws and the principle of legality are inserted in the *zeitgeist* of nowadays society: a society of “risk” which, based on the philosophy of the language, recognizes legal collective goods and seeks to limit not only the power of the state, but of the large corporations, as well.

Key words: Principle of criminal legality – blank criminal laws – constitutionality – *zeitgeist* – requirements.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	10
<b>1. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL</b>	12
1.1. O Dilema da Origem	12
1.1.1. Bases Ideológicas e “Espírito do Tempo”	14
1.1.1.1. John Locke e a Semente da Legalidade	17
1.1.1.2. Montesquieu e a Separação dos Poderes	20
1.1.1.3. Rousseau e o Contrato Social	23
1.1.2. Concretização com as Idéias de Beccaria	26
1.1.3. Consagração dos Postulados e Garantias: Feuerbach e Maurach	29
1.2. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL NO BRASIL	32
1.3. GARANTIAS DECORRENTES DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL	35
1.3.1. Garantia Formal	35
1.3.2. Garantias Materiais	39
1.3.2.1. <i>Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege Praevia</i>	41
1.3.2.1.1. Princípio da Anterioridade	41
1.3.2.1.2. Princípio da Irretroatividade da Lei Mais Maligna e Princípio da Retroatividade da Lei Mais Benigna	44
1.3.2.1.3. Leis Excepcionais e Leis Temporárias	46
1.3.2.1.4. Combinação de Leis ( <i>Lex Tertia</i> )	49
1.3.2.2. <i>Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege Scripta</i>	51
1.3.2.3. <i>Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege Stricta</i>	54
1.3.2.4. <i>Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege Certa</i>	56
<b>2. LEIS PENAIIS EM BRANCO</b>	63
2.1. LEI PENAL X NORMA PENAL: BREVES CONSIDERAÇÕES	63
2.1.1. Normas Primárias e Normas Secundárias	64
2.1.2. Estrutura da Lei Penal	65
2.2. (A TENTATIVA DE UM) CONCEITO DE LEIS PENAIIS EM BRAN-	66



CO.....	
2.2.1. A Origem das Leis Penais em Branco.....	67
2.2.2. Entendimento Doutrinário.....	69
2.2.3. Entendimento Jurisprudencial.....	72
2.3. FUNDAMENTOS DAS LEIS PENAIS EM BRANCO.....	77
2.3.1. Flexibilização e Atualização da Lei Penal.....	77
2.3.2. Exigência de Conhecimento Específico e Aprofundado.....	83
2.4. CARACTERÍSTICAS E DELIMITAÇÕES DAS LEIS PENAIS EM BRANCO.....	85
2.4.1. Leis Penais em Branco como Tipificadoras de Delitos.....	86
2.4.2. Remissão do Preceito (Pressuposto).....	86
2.4.2.1. Remissões Dinâmicas X Remissões Estáticas.....	89
2.4.2.2. Instância a que se Dirige o Reenvio.....	93
2.4.2.2.1. Natureza do Ato Complementador.....	98
2.5. CONFRONTOS DISTINTIVOS.....	102
2.5.1. Leis Penais em Branco X Tipos Penais Aberto.....	102
2.5.2. Leis Penais em Branco X Elementos Normativos do Tipo.....	107
2.6. (UMA CONCLUSÃO SOBRE O) CONCEITO DE LEIS PENAIS EM BRANCO.....	113
<b>3. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL X LEIS PENAIS EM BRAN-</b> <b>CO.....</b>	<b>117</b>
3.1. ESPÍRITO DO TEMPO: SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA.....	118
3.1.1. Filosofia da Linguagem e Bens Jurídicos Coletivos.....	121
3.1.2. Estado X Corporações: quem detém o poder?.....	123
3.2. LEIS PENAIS EM BRANCO E GARANTIA FORMAL DO PRINCÍ- PIO DA LEGALIDADE PENAL.....	129
3.3. LEIS PENAIS EM BRANCO E GARANTIAS MATERIAS DO PRIN- CÍPIO DA LEGALIDADE PENAL.....	140
3.3.1. Lei Penal em Branco X <i>Lege Praevia</i> .....	141
3.3.1.1. Lei Penal em Branco X Previsibilidade e Segurança Jurídica.....	141
3.3.1.1.1. Remissão Expressa.....	146
3.3.1.1.2. Cláusula de Remissão Inversa.....	147

3.3.1.1.3. Publicação Conjunta em Diário Oficial.....	149
3.3.1.1.4. Vedação de Remissões Sucessivas.....	150
3.3.1.2. Lei Penal em Branco X Função Motivadora do Tipo.....	151
3.3.1.3. Lei Penal em Branco X (Ir) Retroatividade do Complemento.....	153
3.3.2. Lei Penal em Branco e <i>Lege Scripta</i> .....	159
3.3.3. Lei Penal em Branco e <i>Lege Stricta</i> .....	162
3.3.4. Lei Penal em Branco e <i>Lege Certa</i> .....	163
<b>CONCLUSÃO</b> .....	170
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	175

## INTRODUÇÃO

As paixões, em regra, são injustificáveis. Não é exagero afirmar que, em muitos casos, nascem desprovidas de uma especial razão: sem que o objeto da paixão seja, necessariamente, merecedor. Com base nessa premissa, a pura e simples paixão pelo Direito Penal parece insuficiente para justificar a pesquisa aqui proposta.

Porém, se, conforme Sebastian SOLER, “a um Estado sempre se pode dizer: mostra-me tuas leis penais, porque te quero conhecer a fundo!”, é certo que a todos os que se consideram cidadãos – representantes do e representados pelo Estado -, o tema há de interessar.

Quando se diz que as leis penais refletem o próprio Estado, está-se a afirmar, então, que o Direito Penal é o seu espelho. E se há princípio intimamente ligado às leis penais (e suas execuções) e à fiel expressão do Estado, é, certamente, o da legalidade penal, que dispõe que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Através, na filosofia, do pensamento cartesiano antropocêntrico e, na sociologia, das bases iluministas constituídas durante o século XVII e XVIII, formulou-se a noção originária do princípio da legalidade, no claro intento de limitar o poder absoluto reinante. Na declaração que ROXIN tornou célebre séculos mais tarde, reconheceu-se que “um Estado de direito deve proteger o indivíduo não somente através do Direito Penal, mas também do Direito Penal”.

Consagrou-se, então, o princípio da legalidade como pedra angular do Estado Democrático de Direito. Sua garantia formal, intimamente ligada à separação dos poderes e à soberania popular, e suas garantias materiais que

decorrem da exigência de ser a lei prévia, escrita, estrita e certa, passaram a ser consideradas conquistas irrenunciáveis.

Século XXI: assistimos o despertar de uma sociedade caracterizada, no âmbito filosófico, pela filosofia da linguagem e o consequente reconhecimento da alteridade; na esfera social, pelos riscos advindos da Revolução Industrial e Tecnológica e pela progressiva perda de poder pelo Estado e ganho pelas corporações, um dos resultados mais marcantes do capitalismo e consumismo.

O direito – e mais especificamente o Direito Penal – busca adaptar-se à nova ordem social. Dentre os instrumentos dos quais lança mão, destaca-se a utilização proliferada das leis penais em branco: a técnica legislativa percebida por BINDING e conhecida pela metáfora de que seriam “corpos errantes à procura de sua alma”.

Mesmo diante da indefinição dos exatos contornos das leis penais em branco – quais seus conceito, fundamentos, características, limites -, bandeiras insistem em ser hasteadas: seja a de constitucionalidade, acompanhada do discurso de que o Direito Penal pode e deve caminhar junto com a sociedade; seja a de inconstitucionalidade por afronta justamente às conquistas históricas do princípio da legalidade, acompanhada do discurso sobre a grave crise que estaria assolando o Direito Penal.

Não há, porém, discurso que mereça ser ecoado ou bandeira que mereça ser hasteada enquanto não houver análise cuidadosa das leis penais em branco e do princípio da legalidade e, conseqüentemente, com isso, por se crer na afirmação de SOLER, conhecer mais a fundo o (contemporâneo) Estado.

## 1. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL

### 1.1. O DILEMA DA ORIGEM

Se a relevância do princípio da legalidade penal na configuração de um Estado Democrático de Direito é unanimidade entre a doutrina nacional e estrangeira, a sua origem, contrariamente, é ponto bastante controverso.<sup>1</sup>

No direito romano os magistrados estavam adstritos à previsão legal anterior nos casos dos crimes do antigo direito penal público (previstos nas *leges Corneliae e Juliae*). No caso do antigo direito penal privado, porém, reinava o arbítrio judicial e abria-se a possibilidade de criminalização por analogia.<sup>2</sup>

No direito medieval, embora haja uma sorte de penalistas, como é o caso de José Frederico MARQUES, que defenda constar das Instituições do Direito Ibérico – mais especificamente nas Côrtes de Leão de 1186 -, as raízes do princípio da legalidade<sup>3</sup>, é certo que ainda permitia-se amplo arbítrio judicial e aplicação analógica desfavorável ao acusado.<sup>4</sup>

Francisco de ASSIS TOLEDO<sup>5</sup>, divisa a origem do princípio da lega-

---

<sup>1</sup> Bem demonstra a referida divergência: LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 16.

<sup>2</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 89.

<sup>3</sup> “As raízes do princípio de reserva legal das normas punitivas encontra-se no Direito Medieval, mormente nas magníficas instituições do Direito Ibérico. Nas Côrtes de Leão, em 1186, declara AFONSO IX, sob juramento, que não procederá contra a pessoa e propriedade de seus súditos, enquanto não fossem chamados “perante a *Curia*”. E nas Côrtes de Valladolid foi proclamado, em 1299, que ninguém pode ser privado da vida ou propriedade enquanto sua causa não for apreciada segundo o “fuero” e o direito. Em 1351, essas mesmas Côrtes pediram a PEDRO I que ninguém fosse executado ou preso sem investigação do foro e direito, no que acedeu o rei. E essa promessa foi depois renovada com ênfase por HENRIQUE II, nas Côrtes de Toro, em 1371. MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal. Vol. I**. São Paulo: Edição Saraiva, 1964, p. 161.

<sup>4</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Op. Cit.**, p. 90.

<sup>5</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 21.

lidade na Magna Carta de 1215, acompanhado de Aníbal BRUNO<sup>6</sup> que reconhece ainda a contribuição da *Petitions of rights* norte-americana para o esboço do referido princípio.

O fundamento trazido pelos defensores da origem do princípio da legalidade estar na Magna Carta Inglesa de 1215 reside no fato desta dispor que nenhum homem livre pode ser preso ou privado de sua propriedade a não ser pelo julgamento de seus pares.

Porém, o artigo 39 da Carta assinada pelo rei João Sem-Terra, da Inglaterra, dispunha, em verdade, que “nenhum homem livre será detido, nem preso, nem despojado de sua propriedade, de suas liberdades ou livres usos, nem posto fora da lei, nem exilado, nem perturbado de maneira alguma; e não poderemos, nem faremos pôr a mão sobre ele, a não ser em virtude de um juízo legal de seus pares ou segundo as leis do País”<sup>7</sup>.

Estabelecer que a origem do princípio da legalidade está na Magna Carta, portanto, é passível de inúmeras críticas. A primeira delas, apontada por Eugenio Raul ZAFFARONI, reside no fato da Magna Carta garantir somente a legalidade processual e consagrar a lei *ex post facto*, que sequer consta de nossa atual fórmula,<sup>8</sup> assim como o *rule of law* próprio do direito anglo-saxão, que tem não apenas importante paralelo com o princípio da legalidade, mas significativos rasgos diferenciais. Enquanto este consagra o predomínio do texto legal sobre os magistrados, aquele implica em uma garantia jurisdicional, ligada à ideia de “lei da terra” que se funda no direito natural e chega a preponderar sobre o direito criado pelo Parlamento.<sup>9</sup>

A afirmação de que a origem do princípio da legalidade penal provém da Magna Carta não parece correta, não somente pelos motivos acima relacionados, mas porque esta, ao mencionar o juízo legal de “seus pares”, não evidencia que estes seriam integrantes do povo, podendo ser demais barões e

---

<sup>6</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito Penal. Parte Geral. Tomo 1º**. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 192.

<sup>7</sup> Redação original: “no freeman shall be taken or imprisoned, or disseised, or outlawed, or banished, or any ways destroyed, nor will we pass upon him, nor will we send upon him, save by the lawful judgement of his peers, or by the law of the land”.

<sup>8</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Tratado de Derecho Penal – Parte General I**. Buenos Aires: Sociedad Anonima Editora, 2006, p. 132.

<sup>9</sup> BUSATO, Paulo César. HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal – Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 126.

senhores feudais, por exemplo. O caráter garantista do texto não é tão somente por isso questionável. Há também o fato de haver a conjunção alternativa “ou”, antecedendo as palavras “segundo as leis do País”. Ora, tal conjunção, quando literalmente interpretada, sugere que o julgamento pelos pares poderia, em alguns casos, substituir a lei.<sup>10</sup>

Se a origem do princípio da legalidade no Direito Romano e Medieval não parece muito contribuir para o instituto que hoje conhecemos e se a origem na Magna Carta parece equivocada, é com razão que a doutrina, em regra, aponta o Iluminismo como marco de origem do mesmo.

A importância da determinação da origem de um princípio ou instituto parece estar, muito mais do que no simples apontamento do primeiro (e qualquer) traço de similitude, na possibilidade de compreendê-lo mediante o estudo do contexto histórico e da necessidade que o motivou.

#### 1.1.1 Bases Ideológicas e “Espírito do Tempo”

Importa, portanto, investigar traços de origem que, de fato, justificam e influenciam o princípio da legalidade penal que é, hoje, a pedra angular de nosso Sistema Penal Democrático de Direito.

Para cumprir o objetivo do presente estudo – e, de modo algum, esgotar o assunto, capaz de subsidiar um sem fim de trabalhos de dissertação – faz-se indispensável considerar o contexto histórico que figura como berço do princípio da legalidade e o pensamento de filósofos, que, embora não isoladamente, contribuíram de modo decisivo para as bases ideológicas do princípio da legalidade: John Locke, que publicou “Dois Tratados de Governo Civil”, em 1690; Barão de Montesquieu, que publicou “O Espírito das Leis”, em 1748 e, finalmente, Jean-Jacques Rousseau, com “O Contrato Social” de 1762.

“*Zeitgeist* ou ‘espírito do tempo’. Todo pensamento filosófico, bem como a respectiva aplicação no universo jurídico, vem com a marca do tempo e

---

<sup>10</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 136.

do espaço em que se produz”.<sup>11</sup> Implica dizer: não há como estudar uma herança filosófica desconsiderando a atmosfera cultural, geográfica e social da época.

Está-se, aqui, falando do movimento intelectual que ficou conhecido como Iluminismo (“Século das Luzes”). Não há, portanto, como entender as teorias dos filósofos iluministas acima mencionados, nem tampouco de Cesare BECCARIA - que é constantemente apontado como o grande responsável pela transposição do princípio da legalidade para o campo do Direito Penal -, se ignoradas as condições temporais e sociais da época; mesmo que, para analisá-las, se incorra nos riscos de toda análise simplificada.

O Iluminismo nasceu como forma de reação às monarquias absolutistas que caracterizaram a Era Pré-Capitalista; prova disso é o lema “a Liberdade, o Progresso e o Homem”.

O absolutismo monárquico, que imperava até então, foi possível por estar inserido em uma sociedade que prezava pelo modelo filosófico teocêntrico, de modo que monarcas eram investidos pelo poder ilimitado de Deus – e, assim, dispunham de poder também sem limites. A consequência de tal modelo: a supremacia do Estado sobre o indivíduo.

O Renascimento representou a primeira quebra em relação ao modelo filosófico teocêntrico, justamente por trazer o homem ao centro do universo. “Assim, se no paradigma teocêntrico o homem existia porque criado à imagem e semelhança divina, passa a existir pela sua condição de ser pensante – *cogito, ergo sum* (penso, logo existo)”<sup>12</sup>, na fórmula cartesiana clássica.”<sup>13</sup>

O antropocentrismo restou intimamente ligado ao egocentrismo, pois, se o indivíduo “pensa, logo existe”, não necessita, para existir, de nada exceto de si mesmo. É desse contexto que advém o discurso jusnaturalista que intenta demonstrar que o poder do Estado explica-se não mais pela vontade de Deus, mas dos próprios indivíduos (teorias do pacto social).

---

<sup>11</sup> GUARAGNI, Fábio André. Da Tutela Penal de Interesses Individuais aos Supraindividuais: Dialogando com Beccaria. In **Ler Beccaria Hoje**. BUSATO, Paulo César (org.): Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 33.

<sup>12</sup> A expressão “*cogito, ergo sum*” (“penso, logo existo”) foi cunhada por René Descartes, em sua obra “Discurso do Método”, publicada em 1637.

<sup>13</sup> GUARAGNI, Fábio André. **Da Tutela Penal de Interesses Individuais aos Supraindividuais: Dialogando com Beccaria**, p. 37 e 38.



Nessa lógica, o Estado nasce para o indivíduo – e não o indivíduo para o Estado. Há de ser o poder estatal, então, limitado, sendo legítimo tão somente ao efetivar a tutela dos direitos naturais (individuais): vida, liberdade e propriedade, os quais estavam em perigo no estado de natureza.

Este ideário conduziu aos seguintes termos: a) o Estado surge pela vontade dos indivíduos que compõem a sociedade; b) o Estado está a serviço destes indivíduos, protegendo-os – como administrador de justiça – quando um sujeito rompe a esfera de interesses individuais de outrem; c) o poder estatal, necessariamente, tem limites.<sup>14</sup>

O Estado liberal – exaltado pelos pensadores iluministas -, é caracterizado, em oposição aos Estados absolutistas, pela ampla liberdade dos membros da sociedade e pela limitação do poder estatal.

O discurso iluminista preparou o clima revolucionário que culminou na Revolução Francesa (1789 – 1815) – cujo grito de liberdade, igualdade e fraternidade foi o ápice do discurso liberal -, conduzida pela burguesia, que ansiava por liberdade em acumular riqueza (o que era dificultado pelo Estado absolutista e seus altos impostos).

A Revolução Francesa representou a crise final do Antigo Regime, cujas estruturas foram abolidas e substituídas por outras apropriadas ao novo Estado burguês (capitalista).<sup>15</sup>

O “espírito do tempo” em que estavam inseridos os filósofos a seguir tratados, – fundadores da base ideológica do princípio da legalidade (penal) -, portanto, destacava o antropocentrismo (egocentrismo e individualismo), fortalecido em especial pelo pensamento cartesiano, e a limitação do poder estatal: “o estado existe para preservar os direitos e interesses do indivíduo. Vida, liberdade e patrimônio, nestes termos, são a tríade em função da qual o estado existe”<sup>16</sup>, ou seja, o poder estatal se restringe à tutela dos direitos naturais (individuais), chamados “direitos de primeira geração”. No mais, não deve intervir

<sup>14</sup> GUARAGNI, Fábio André. **Da Tutela Penal de Interesses Individuais aos Supraindividuais: Dialogando com Beccaria**, p. 40.

<sup>15</sup> AQUINO, Rubim Santos Leão de. **História das sociedades: das sociedades modernas às sociedades atuais**. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1995, p. 143.

<sup>16</sup> GUARAGNI, Fábio André. **Da Tutela Penal de Interesses Individuais aos Supraindividuais: Dialogando com Beccaria**, p. 44.

na vida privada.

#### 1.1.1.1 John Locke e a Semente da Legalidade

John LOCKE é considerado precursor do liberalismo e do Iluminismo. O contexto histórico e social em que estava inserido provavelmente contribuiu para que formulasse sua ordem de pensamentos: fazia parte da classe média que iniciava a sua caminhada rumo ao poderio econômico, inserida em uma sociedade caracterizada, ainda, por monarquias absolutistas.

O filósofo em estudo é analisado como o pai do liberalismo político, que aparecendo como a antítese do absolutismo vigente à época, ensejou o aparecimento do chamado Estado mínimo, forma essa de Estado dotado da crença na hipercapacidade de cada indivíduo para promover o gerenciamento do processo econômico-social. Tratava-se de propugnar a não atuação estatal, o que significava naquele contexto fenomênico a liberdade que tanto era fragilizada pelo poderio incontestável de mando do monarca.<sup>17</sup>

As raízes dogmáticas constantes do pensamento de John LOCKE e que deram origem ao princípio da legalidade penal, constam da obra “Dois Tratados de Governo Civil”<sup>18</sup>, mais especificamente do Segundo Tratado, o qual é dedicado à origem, extensão e finalidade do governo civil.

John LOCKE parte do pressuposto, para a elaboração de sua teoria, que, em estado de natureza, todos os homens se encontram em perfeito estado de liberdade e igualdade. Essa condição, fruto da própria lei da natureza, impõe reconhecer, então, que a ninguém é permitido causar dano a outrem em sua vida, saúde, liberdade ou posses.

Como modo de garantir tal proibição, é posta nas mãos de cada homem o direito de punir os transgressores dessa lei da natureza, em grau tal que impeça sua violação. O direito à punição dos transgressores, segundo

<sup>17</sup> FULLER, Greice Patrícia. A Contemporaneidade do pensamento de John Locke no contexto do século XXI. In **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 49, 2004, p. 139.

<sup>18</sup> LOCKE, John. **Dois Tratados de Governo Civil**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

LOCKE, seria um mal que os fizesse arrepender-se e, ainda, capaz de dissuadir a outros de causar danos semelhantes.

Havia de se considerar que para John LOCKE, entretanto, a má-indole, a paixão e a vingança levariam os homens longe demais na punição dos infratores, decorrendo disso nada mais que confusão e desordem – motivo pelo qual seria o governo civil o remédio adequado para as inconveniências do estado de natureza.<sup>19</sup>

Todos os homens, portanto, estão em estado de natureza até que, por seu próprio consentimento (sendo esse o único pacto válido), se tornam membro de uma sociedade política.

Aqui reside um ponto crucial da teoria de John LOCKE, com consequências no princípio da legalidade penal hoje consagrado: se a liberdade natural do homem consiste em ter apenas a lei da natureza como regra, a liberdade do homem em sociedade consiste em:

Ter regra permanente a lhe pautar a vida, comum aos demais membros da mesma sociedade e feita pelo poder legislativo estabelecido em seu seio; a liberdade de seguir a própria vontade em tudo o que não está prescrito pela lei, não submetida à vontade mutável, duvidosa e arbitrária de qualquer homem; assim como a liberdade da natureza consiste em não sofrer qualquer restrição a não ser a lei da própria natureza.<sup>20</sup>

Conclui-se, então, que para John LOCKE, a finalidade do Estado Civil e de suas leis (em detrimento do estado de natureza) não é abolir ou restringir a liberdade, mas preservá-la e ampliá-la, “pois não se pode supor que alguma criatura racional mude intencionalmente sua condição para pior”.<sup>21</sup>

Na continuidade do raciocínio do filósofo inglês, este aduz em uma admirável lógica que, se não há, no estado de natureza, poder arbitrário algum sobre a vida, a liberdade ou as posses de outrem, mas apenas o poder que a lei da natureza admite, no intuito de preservação de si próprio e da humanidade, isso é tudo o que pode ser cedido ao Estado Civil.

O Estado, por sua vez, tão somente pode ceder o mesmo ao seu le-

<sup>19</sup> LOCKE, John. **Op. Cit.**, p. 28.

<sup>20</sup> **Idem**, p. 35.

<sup>21</sup> **Idem**, p. 94.

gislativo, de modo que não pode a função legislativa “arrogar-se o poder de governar por meio de decretos arbitrários e extemporâneos, mas está obrigada a ministrar justiça e decidir os direitos dos súditos mediante leis fixadas promulgadas e juízes autorizados e conhecidos”.<sup>22</sup>

Não apenas logicamente demonstra a impossibilidade de atuação arbitrária, como também defende a impossibilidade do legislativo transferir a quaisquer outras mãos o poder de fazer leis, vez que recebe do povo o poder de elaborá-las.

Somente o povo pode definir a forma da comunidade, ou seja, constituir o legislativo e indicar em que mãos deve estar. E quando o povo escolher seus representantes, todos sujeitar-nos-emos a regras e seremos regidos pelas leis feitas por estes homens. Dessa forma, ninguém mais poderá querer que outros lhe elaborem as leis; nem pode o povo estar sujeito por quaisquer leis que não as que forem promulgadas pelos que escolheu e autorizou a fazê-las.<sup>23</sup>

É possível identificar as sementes que, plantadas em John LOCKE, e regadas pelos filósofos iluministas das décadas seguintes, deram origem ao princípio da legalidade penal como hoje é consagrado<sup>24</sup>, tais como a previsibilidade e a segurança jurídica decorrentes das leis.

John LOCKE é, por assim dizer, “o idealizador da sujeição não só da sociedade, mas também do Estado, aos ditames da lei”<sup>25</sup>. Grande feito para

<sup>22</sup> LOCKE, John. **Op. Cit.**, p. 100.

<sup>23</sup> **Idem**, p. 104.

<sup>24</sup> Roxin, estabelece que “el principio de legalidad en su forma actual hunde sus raíces en el pensamiento de la época de la Ilustración. En concreto se puede distinguir cuatro puntos de partida distintos, aunque conexos, en cuanto a su fundamentación, cuyo conocimiento es necesario también para una interpretación actual del principio”. Roxin estabelece, em seguida, os quatro pontos de partida do princípio da legalidade, sendo eles o liberalismo político, a democracia e a divisão de poderes, a prevenção geral e o princípio da culpabilidade. Interessa, para o presente tópico, a idéia do liberalismo político, no qual o autor aduz que “un fundamento en el que aún hoy se basa en principio de legalidad reside en un postulado central de liberalismo político: la exigencia de vinculación del ejecutivo y del poder judicial a leyes formuladas de modo abstrato. La burguesía en su enfrentamiento con el absolutismo, había conseguido la importante conquista de que los gobernantes y los jueces (a menudo dependientes de aquéllos) no pudieran ejercer la potestad punitiva a su libre arbitrio (y en su caso arbitrariamente), sino solo en la medida en que haya una clara precisión legal de aquélla. Y, a pesar del cambio de las circunstancias juridicopolíticas, muchas fundamentaciones modernas del principio de legalidad se remontan a esse punto de vista.” ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General. Tomo I – Fundamentos: La Estructura de La Teoría del Delito**. Madrid: Civitas, 2007, p. 144.

<sup>25</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Op. Cit.**, p. 137.

quem estava mergulhado em estados absolutistas, nos quais monarcas exerciam na Terra o poder Divino.

#### 1.1.1.2 Montesquieu e a Separação dos Poderes

Charles Louis de Secondat, ou simplesmente Barão de MONTESQUIEU publicou na França, no ano de 1747, “O Espírito das Leis”, obra que contempla traços que respaldam o princípio da legalidade penal hoje consagrado. Elege-se, porém, como principal contribuição de tal obra, a receita de separação dos poderes que influenciou significativamente o constitucionalismo<sup>26</sup> ocidental.

ROXIN estabelece, como ponto de partida do princípio da legalidade – juntamente com o liberalismo político, a prevenção geral e o princípio da culpabilidade – a democracia e a divisão de poderes, fazendo menção expressa a MONTESQUIEU, seu idealizador.<sup>27</sup>

A teoria de MONTESQUIEU sobre a separação dos poderes nasce baseada em constatação feita na mesma obra:

Só existe (liberdade política) quando não se abusa do poder; mas trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites. (...) Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> Gustavo Ferreira dos Santos afirma que o constitucionalismo se firmou, mesmo, no Séc. XX, tendo significado uma domesticação da política com a imposição de limites ao Estado. SANTOS, Gustavo Ferreira. Constituição, Democracia e Legalidade. In **Princípio Da Legalidade: Da Dogmática Jurídica à Teoria Do Direito**. Coord. Cláudio Brandão, Francisco Cavalcanti e João Maurício Adeodato. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 249.

<sup>27</sup> “La segunda fundamentación, igualmente importante en cuanto a su alcance, radica en el principio de la democracia basada en la división de poderes. La aplicación de la pena constituye una ingerencia tan dura en la libertad del ciudadano que la legitimación para determinar sus presupuestos solo puede residir en la instancia que representa más directamente al pueblo como titular del poder del Estado: el Parlamento como representación electa de pueblo. Mediante la división de poderes, que se expresa en el principio de legalidad, se libera al juez de la función de creación del Derecho y se le reduce a la función de la posibilidad de cooperar en la punición y de esse modo se impide cualquier abuso de poder del mismo en este campo.” ROXIN, CLAUD. **Op. Cit.**, p. 145.

<sup>28</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 166.

Se o poder é quem freia o poder, este, necessariamente, deve sofrer divisões. Então, MONTESQUIEU estabelece que, em cada Estado, haverá três espécies de poderes: o Poder Legislativo, o Poder Executivo das coisas que dependem dos direitos das gentes e o Poder Executivo das coisas que dependem do direito civil.

Com o primeiro Poder, o príncipe ou magistrado cria, corrige ou anula leis. Com o segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança e previne invasões, optando por chamá-lo tão somente “poder executivo do Estado”. Com o terceiro poder, castiga crimes e julga as querelas existentes entre os particulares, sendo denominado de “poder de julgar”.

A separação dos poderes por si só não basta para a liberdade política do cidadão. Essencial que os três poderes jamais se concentrem no mesmo homem, ou no mesmo “corpo dos principais”.

A liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha essa liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.<sup>29</sup>

Seguindo a mesma idéia anti-absolutismo e de controle de poder, MONTESQUIEU sustenta, em sua obra, um mecanismo de neutralização de cada um dos poderes.

O poder de julgar, segundo o pensador, é neutralizado em si mesmo por meio de dois elementos: o modo de formar os tribunais e o modo de decidir dos juízes. Quanto ao modo de formar os tribunais, crê-se que estes devem ser formados por pessoas extraídas do povo – inclusive de condição semelhante

---

<sup>29</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Op. Cit.**, p. 168.

ao acusado, ou, em outras palavras, dentre seus pares -, em determinada época do ano, que exercerão a função apenas o tempo necessário e existindo a possibilidade de recusa de um número de juízes por parte do acusado. O tribunal ideal de MONTESQUIEU, percebe-se, se aproxima do atual Tribunal do Júri.

Há neutralização do poder de julgar também mediante o modo de decidir dos juízes. Defende o filósofo que, se os tribunais não devem ser fixos, as decisões, por outro lado, devem estar fielmente atreladas à letra da lei, pois “se fossem uma opinião particular do juiz, viveríamos em sociedade sem saber precisamente os compromissos que ali assumimos”.<sup>30</sup>

Com a neutralização do poder de julgar, MONTESQUIEU busca, como se revela evidente, a segurança jurídica.

Diferentemente do poder de julgar, que se neutraliza em si mesmo, o poder de legislar e o poder de executar são neutralizados pela comunhão das funções entre ambos.

MONTESQUIEU crê que homem livre é o homem que governa a si próprio, motivo pelo qual o povo, em seu conjunto, deve deter o poder legislativo. Uma das graves inconveniências da democracia direta, porém, está na incapacidade do povo em discutir os negócios públicos, sendo necessário um modelo representativo.

Montesquieu lembra que existe nobreza e povo. Se uma e outro estivessem confundidos no Parlamento, a liberdade comum degenerar-se-ia em escravidão. Para evitar essa degeneração, sustenta seja o poder legislativo confiado tanto à nobreza hereditária quanto aos representantes eleitos, alocados em câmaras legislativas separadas, mas componentes do mesmo poder legislativo. Esta é a razão do bicameralismo em Montesquieu.<sup>31</sup>

Desse modo, o poder de legislar se neutraliza a um porque somente pela exata coincidência de vontades entre ambas as câmaras existentes é que o poder legislativo estatui. A dois porque, ainda que ambas as câmaras coinci-

<sup>30</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Op. Cit.**, p. 170.

<sup>31</sup> AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao capítulo VI do livro XI de O Espírito das Leis. In **Revista dos Tribunais**, vol. 868, 2008, p. 53.

dam em suas vontades de estatuir, é necessário que o poder executivo não rejeite a decisão parlamentar.

“Note-se: a limitação não decorre de uma separação de poderes, mas, sim, insista-se, da comunhão de faculdades de estatuir e de impedir entre diferentes poderes”.<sup>32</sup> Assim, explica MONTESQUIEU, esses três poderes (entenda-se: poder executivo, câmara baixa e câmara alta, uma vez que o poder de julgar limita a si próprio) poderiam formar uma inação. “Mas, como pelo movimento necessário das coisas, eles são obrigados a avançar, serão forçados a avançar concertadamente”.<sup>33</sup>

O arranjo de divisão de poderes constante da obra *O Espírito das Leis* há de ser compreendido em seu respectivo contexto histórico. Não há, aqui, intenção – utópica e equivocada – de defender a transposição da idéia ao modelo de poder brasileiro atual. Intenção única com a abordagem é evidenciar as importantes heranças que a teoria de separação dos poderes deixou para, no caso específico desse trabalho, o princípio da legalidade penal.

Há, como será abordado adiante, um aspecto político do princípio da legalidade penal que está intimamente ligado à noção de separação dos poderes – motivo pelo qual não se quis ignorar a teoria que lhe deu origem e clareou sua finalidade precípua: prevenir absolutismos e limitar o poder que (invariavelmente) tende ao abuso.

#### 1.1.1.3 Rousseau e o Contrato Social

Jean-Jacques ROUSSEAU, filósofo suíço, justifica o pacto social – objeto principal de sua obra “Do Contrato Social” - por contemplar que chegará o ponto em que os obstáculos danificadores da conservação dos homens em estado de natureza imporão mudanças visando à sobrevivência. “Como os homens não podem criar forças, mas só unir e dirigir as que já existem, o meio que têm para se conservar é formar por agregação uma soma de forças que vença a resistência”.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Op. Cit.**, p. 53.

<sup>33</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Op. Cit.**, p. 176.

<sup>34</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 41.



A questão passa a ser, então, encontrar uma forma de sociedade que defenda e proteja cada homem e que obedeça senão a si mesma, de modo que os seus membros fiquem tão livres quanto antes.

Assim como John LOCKE, ROUSSEAU evidencia que o Estado não é limitador de liberdades individuais, mas garantidor. Isso implica dizer: as cláusulas do contrato social só são legítimas se respeitam a essa lógica. A menor modificação as tornaria vãs e nulas, retomando os membros da sociedade seus primitivos direitos e sua liberdade natural.

Assim, quando Rousseau falava em contrato social ou pacto social, quer significar que, o povo, titular da soberania sob os seus destinos e a forma de conviver em sociedade, a partir de uma organização, baseada em normas e fundamentos escritos, somente a outorgam, se cumpridas determinadas condições, ou seja, se na produção das normas que vão constituir e orientar a sociedade, se insiram normas fundamentais e primárias, sem o que, o sistema não poderá se sustentar.<sup>35</sup>

As ditas cláusulas do pacto social podem ser reduzidas a uma total alienação de cada associado, junto com todos os seus direitos, a toda a comunidade. Isso pois, dando-se a todos, não se dá a ninguém; e como não há nenhum associado sobre o qual ele não adquira o mesmo direito que cede a outros sobre si mesmo, ganha um equivalente de tudo que perde e um aumento de força para a preservação daquilo que tem.<sup>36</sup>

Essa união de vontades formadora do corpo, constitui uma chamada “vontade geral”, que difere das vontades isoladas de cada membro. E, a fim de que não seja o pacto social uma fórmula vazia, este inclui tacitamente o único compromisso capaz de fazer valer o resto: quem se recusar a obedecer à vontade geral, será forçado pelo corpo a fazê-lo, sendo, portanto, a vontade geral a limitadora da liberdade civil.

Está aí o fundamento de ROUSSEAU para o pacto social: no intuito de manter os homens tão livres quanto no estado de natureza, há a perda da

---

<sup>35</sup> MUNHOZ, Francisco de Assis. O princípio da legalidade no sistema constitucional e no sistema tributário. In **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 26, 1999, p. 127.

<sup>36</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Op. Cit.**, p. 23.

liberdade natural (limitada pela força do próprio indivíduo), mas se ganha a liberdade civil (limitada pela “vontade geral”), de modo que se ganha em igualdade: o pacto fundamental substitui a desigualdade física que a natureza pode ter instituído entre os homens por uma igualdade que é moral e legítima. Os homens, que podem ser desiguais em força ou inteligência, tornam-se todos iguais por convenção e direito legal.<sup>37</sup>

A participação de todos os contratantes do pacto social dá origem ao que ROUSSEAU denomina “vontade geral”, estando o governante a esta vinculado: a voz do povo é sempre una e a sua participação nos assuntos políticos é a garantia de que as decisões do governante serão legítimas.<sup>38</sup>

O resultado do contrato de ROUSSEAU é o Estado de direito. Trata-se de um Estado representativo, no qual o Parlamento é um instrumento fundamental da “vontade geral”, expressada por meio de leis.<sup>39</sup>

Para o filósofo, as leis são o que confere ao corpo político (criado pelo pacto social), “movimento e vontade” e refletem a “vontade geral”. Não pode, portanto, o poder de editar leis estar nas mesmas mãos do detentor do poder soberano. Aquele que tem comando sobre os homens não deve ter comando sobre as leis, da mesma forma que aquele que tem comando sobre as leis não deve tê-lo sobre os homens.<sup>40</sup>

Logo, o que ordena as leis não tem nem deve ter direito legislativo e o próprio povo não pode, dado que ele o quisesse, despir-se desse direito intransferível; porque, segundo o pacto fundamental, só a vontade geral obriga todos os particulares, e só se pode assegurar que uma vontade particular é conforme à geral, depois de havê-la submetido aos sufrágios livres do povo.<sup>41</sup>

<sup>37</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Op. Cit.**, p. 47.

<sup>38</sup> “La fortaleza del contrato societario (que da origen a lo que Rousseau llama “voluntad general”) es la clave de los términos del subsiguiente contrato político y no al revés, como tal vez podría creer Hobbes, para quien la amalgama social era generada por el “Estado-Leviatán”, único garante de la subsistencia física de la población. Consolidada la “voluntad general” (por la participación de todos en el contrato social) el paso subsiguiente es lograr que el gobernante sepa interpretarla. La voz del pueblo es siempre una y su participación en los asuntos políticos la garantía de la legitimidad de las decisiones del gobernante”. ROSATTI, Horacio Daniel. Teorías sobre el origen y justificación del Estado. In **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 35, 2001, p. 51.

<sup>39</sup> ROSATTI, Horacio Daniel. **Op. Cit.**, p. 51.

<sup>40</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Op. Cit.**, p. 50.

<sup>41</sup> **Idem**, p. 51.

Quando o cidadão outorga os seus poderes individuais, inalienáveis, à comunidade toda, o faz mediante condição de permanecer tão livre quanto antes e, ainda, de conquistar a igualdade inexistente no estado de natureza. Essa alienação é total, sob pena do corpo político não poder exercê-la. Não é, porém, incondicionada. Não há alienação pura e simples para que o Estado pode se fundar. Há uma condição implícita na referida alienação, qual seja, de que o Estado passe a deter a soberania para que cumpra a sua função primeira, que é, justamente, “gerenciar os interesses da comunidade, sem contudo, atentar contra os direitos e interesses da comunidade em conjunto e, em especial, do cidadão individualizado”.<sup>42</sup>

A obra de ROUSSEAU, portanto, dá especial enfoque ao conceito de soberania e se ocupa em evidenciar que o poder emana e é exercido pelo povo, revelando seu caráter limitador do poder estatal.

#### 1.1.2. Concretização com as Idéias de Beccaria

Cesare BECCARIA, filósofo italiano, foi quem deu nítidos contornos ao princípio da legalidade penal, influenciado pelos pensamentos iluministas.

Sua principal obra, *Dos Delitos e das Penas (Dei Delitti e delle pene)*, foi publicada em 1764 e tornou-se símbolo de uma batalha ideológica.

BECCARIA tem o mérito de ter traduzido para a ciência penal os valores e ideais do Iluminismo. O jurista italiano foi influenciado, principalmente, pelas obras de MONTESQUIEU e ROUSSEAU<sup>43</sup> e tentou desenvolver a total separação entre o delito e as concepções de “pecado” e de “lesa-majestade”,

---

<sup>42</sup> MUNHOZ, Francisco de Assis. **Op. Cit.**, p. 127.

<sup>43</sup> Muito embora seja verdade que Beccaria sofreu influência de Rousseau, em especial no que tange à ideia de contrato social, há de se ressaltar que existem diferenças relevantes entre ambos. Enquanto Rousseau, conforme demonstrado no item 1.1.1.4 do presente trabalho, estabelecia que o pacto social tinha início com cada indivíduo entregando a totalidade de sua liberdade aos demais (visando à igualdade e no intuito de formar o corpo social e político), Beccaria acreditava que, para sair do estado de natureza e rumar ao estado civil, cada indivíduo “sacrificava” tão somente parte de sua liberdade, a fim de gozar do restante dela com segurança e tranquilidade, sendo que a soma das parcelas de liberdade sacrificadas é que formariam a soberania.

transformando-o em um “dano” à sociedade.<sup>44</sup> Leia-se: preocupou-se em reduzir o poder ilimitado do Estado.

Dos delitos e das penas “está impregnada de uma nova consciência jurídica, mais do que um rigoroso princípio explicativo da lógica da não-violência”<sup>45</sup>, por ter se dado conta o autor de que o chamado Estado de direito não consegue, por si só, salvaguardar a integridade física e moral de seus súditos – e esta deve ser, incessantemente, buscada, eis que “nenhum homem entregou gratuitamente parte da própria liberdade”.<sup>46</sup>

É significativa a conquista de um Estado regido por leis em detrimento de um Estado no qual a voz do monarca é a voz de Deus. Mas não há de se ignorar que, ao depender do caráter de algumas leis, tal conquista é insuficiente.

Consultemos a história e veremos que as leis, que são ou deveriam ser pactos entre homens livres, não passaram, geralmente, de instrumentos das paixões de uns poucos, ou nasceram da necessidade fortuita e passageira; jamais foram elas ditadas por um frio examinador da natureza humana, capaz de aglomerar as ações de muitos homens num só ponto e de considerá-las de um único ponto de vista: *a máxima felicidade compartilhada pela maioria*.<sup>47</sup>

Além das leis serem dirigidas aos “indivíduos em massa” e às “ações em abstrato”, como já defendia ROUSSEAU, estas devem garantir os contratantes (do pacto social) através de outros elementos: sendo escritas, claras e compreensíveis a todos os destinatários<sup>48</sup>;

As penas, por sua vez, além de “necessárias” (sob pena de tirania),

<sup>44</sup> DAL RI JÚNIOR, Arno. **Iluminismo e Direito penal**. Florianópolis: Boiteux, 2008, p.123.

<sup>45</sup> CAMPA, Riccardo. Prefácio da obra **Dos Delitos e Das Penas**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.17.

<sup>46</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.43.

<sup>47</sup> **Idem**, p.39.

<sup>48</sup> “Se a interpretação das leis é um mal, é evidente que outro mal é a obscuridade que essa interpretação acarreta (...). Quanto maior for o número dos que compreenderem e tiverem entre as mãos o sagrado código das leis, menos frequentes serão os delitos, pois não há dúvida de que a ignorância e a incerteza das penas propiciam a eloquência das paixões. Uma consequência destas últimas reflexões é que, sem a escrita, uma sociedade jamais terá uma forma fixa de governo, onde a força seja um efeito de todo e não das partes e onde as leis, inalteráveis senão pela vontade geral, não se corrompam passando pela profusão dos interesses privados. **Idem**, p.48.

como aduziu MONTESQUIEU, tem de garantir os súditos também de outras formas, segundo BECCARIA. Inicialmente, importa dizer, tão somente as leis podem decretar as penas dos delitos, e apenas o legislador é autorizado a estabelecer lei, posto que representa a sociedade unida em contrato social.<sup>49</sup> Ao juiz é defeso, inclusive, a interpretação de leis penais<sup>50</sup>, por não ser legislador.

Mais, a pena, sob pena de ser contrária à justiça e ao próprio contrato social, tem de ser útil, visando impedir novos delitos, não um fim em si mesma<sup>51</sup>. Tem de ser proporcional, para que sejam mais raros os delitos, quanto maior o mal que causam à sociedade<sup>52</sup>. Tem de ser rápida e próxima do delito, para poupar o acusado das incertezas da aplicação e para restar estreita e durável no espírito humano a associação dessas duas idéias: delito e pena.<sup>53</sup> Tem de ser certa e acompanhada, inclusive, de uma legislação suave, pois “a certeza de um castigo, mesmo moderado, causará sempre a impressão mais intensa que o temor de outro mais severo, aliado à esperança de impunidade”<sup>54</sup>.

BECCARIA conclui a sua obra – aliás, a conclusão não poderia ser outra -, aduzindo que é melhor prevenir os delitos do que puni-los.

Quereis prevenir os delitos? Fazei com que as leis sejam claras, simples e que toda a força da nação se concentre em defendê-las e nenhuma parte dela seja empregada para destruí-las. Fazei com que as leis favoreçam menos as classes dos

<sup>49</sup> BECCARIA, Cesare. **Op. Cit.**, p.44.

<sup>50</sup> “Nada é mais perigoso do que o axioma comum de que é necessário consultar o espírito da lei (...). O espírito da lei seria, portanto, o resultado da boa ou da má lógica de um juiz, de uma digestão fácil ou difícil; dependeria da violência de suas paixões, da fraqueza de quem sofre, das relações do juiz com o ofendido e de todas aquelas mínimas forças que mudam as aparências de cada objeto no espírito flutuante do homem.” **Idem**, p. 46.

<sup>51</sup> “(...) Resulta evidente que o fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer um delito já cometido. É concebível que um corpo político, que, bem longe de agir por paixão, é o moderador tranquilo das paixões particulares, possa abrigar essa inútil crueldade, instrumento do furor e do fanatismo, ou dos fracos tiranos? Poderiam os gritos de um infeliz trazer de volta do tempo sem retorno as ações já consumadas? O fim, pois, é apenas impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e dissuadir os outros de fazer o mesmo. É, pois, necessário escolher penas e modos de infligi-las, que, guardadas as proporções, causem a impressão mais eficaz e duradoura nos espíritos dos homens, e a menos penosa no corpo do réu.” **Idem**, p. 62.

<sup>52</sup> Para Beccaria, a única e verdadeira medida dos delitos é o dano provocado à nação, não sendo medida correta a intenção de quem os comete, nem tampouco a dignidade da pessoa ofendida. **Idem**, p. 53.

<sup>53</sup> **Idem**, p.80.

<sup>54</sup> **Idem**, p. 92.

homens do que os próprios homens. Fazei com que os homens as temam, e temam só a elas. O temor da leis é salutar, mas o temor de homem a homem é fatal e fecundo em delitos. Os homens escravizados são mais voluptuosos, mais libertinos, mais cruéis do que os homens livres.<sup>55</sup>

O filósofo e jurista italiano encerra: o melhor caminho, no que diz respeito aos delitos, é a sua prevenção. Aponta como modo de preveni-los a adoção não pura e simplesmente de leis. Mas leis escritas, promulgadas pelo legislativo, sem obscuridades, que atinjam seus destinatários e sejam por eles compreendidas. Essa é a herança deixada por Cesare BECCARIA ao Direito Penal e, insta dizer, ao princípio da legalidade penal.

### 1.1.3. Consagração dos Postulados e Garantias: Feuerbach e Maurach

Com os pensamentos de BECCARIA, a noção de legalidade penal se irradia e passa a influenciar as Cartas Políticas e Códigos dos povos civilizados, como a Bill of Rights, no ano de 1774, na Filadélfia e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>56</sup>, que prescrevia que ninguém fosse punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao crime.

Em 1801, a fórmula latina – que consagrou o princípio da legalidade tal como conhecido hoje - foi introduzida na linguagem jurídica pelo alemão Paul Johann Anselm FEUERBACH, em seu Tratado de Direito Penal, que, em consonância com os pensamentos iluministas, aduzia que derivavam da legalidade as seguintes garantias:

I) toda imposição de pena pressupõe uma lei penal (*nulla poena sine lege*). Por isso, somente a cominação legal do mal pela lei é o que fundamenta o conceito e a possibilidade jurídica de uma pena; II) a imposição de uma pena está condicionada à

<sup>55</sup> BECCARIA, Cesare. **Op. Cit.**, p. 131.

<sup>56</sup> “Art. VII – Nenhum homem pode ser acusado, impedido ou detido senão nos casos determinados pela lei, e segundo as formas que ela prescreve”. Disponível em: [http://ribeiro.futuro.usp.br/direitoshumanos/documentos/historicos/declaracao\\_de\\_direitos\\_do\\_homem\\_cidadao.html](http://ribeiro.futuro.usp.br/direitoshumanos/documentos/historicos/declaracao_de_direitos_do_homem_cidadao.html)

existência da ação cominada (*nulla poena sine crimine*). Conseqüentemente, é mediante a lei que se vincula a pena ao fato, como pressuposto juridicamente necessário; III) o fato legalmente cominado (o pressuposto legal) está condicionado pela pena legal (*nullum crimen sine poena legali*). Assim, o mal, como consequência jurídica necessária, vincular-se-á, mediante a lei, a uma lesão determinada.<sup>57</sup>

Um número significativo de estudiosos atribui a FEUERBACH o mérito de ter lavrado o brocardo que hoje exprime o princípio da legalidade penal. Não se olvida o seu mérito, mas, ao que parece, a construção do brocardo não estava expresso em suas obras, como demonstra Nilo BATISTA:

Ao contrário do que se difunde frequentemente, das obras de Feuerbach não consta a fórmula ampla “*nullum crimen nulla poena sine lege*”; nelas se encontra, sim, uma articulação das fórmulas “*nulla poena sine lege*”, “*nullum crimen sine poena legali*” e “*nulla poena (legalis) sine crimine*”.<sup>58</sup>

Independente da formulação exata do princípio da legalidade penal, FEUERBACH exerceu influência relevante no assunto. Sua teoria restou conhecida como da “coação psicológica” e se baseava na efetiva aplicação da pena, previamente cominada, quando da consumação de um mal previsto em lei.<sup>59</sup>

Na sua teoria, a finalidade da legalidade é conter os possíveis impulsos que podem resultar em danos a direitos individuais, mediante a ameaça de um mal sensível que opere como contra-impulso ou coação.<sup>60</sup> Se o fim da cominação penal consiste na intimidação de potenciais violadores da lei, esta só pode lograr êxito se existe previamente e se descreve do modo mais exato

---

<sup>57</sup> FEUERBACH, Anselm. **Tratado de Derecho Penal**. Trad. Eugenio Raul Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p.63.

<sup>58</sup> NILO, Batista. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 64.

<sup>59</sup> BACIGALUPO, Enrique. **Justicia Penal y Derechos Fundamentales**. Barcelona: Marcial Pons, 2002, p. 11.

<sup>60</sup> YACOBUCCI, Guillermo Jorge. La transformación de la legalidad penal como desafío del nuevo siglo. In **Los Desafíos Del Derecho Penal en el Siglo XXI**. Peru: Ara Editores, 2005, p. 636.

possível a ação proibida: na ausência de uma lei prévia e clara, não se obtém o pretendido efeito intimidatório.<sup>61</sup>

O caráter de prevenção geral negativa, para FEUERBACH, é inerente ao próprio princípio da legalidade e possui duas frentes: de um lado, se dirige aos cidadãos (como possíveis delinquentes penais) mediante coação psicológica e, por outro, aos funcionários do Estado, que são os encarregados de aplicar a resposta punitiva aos infratores. A justiça penal obriga-se à estrita aplicação da lei, devendo a sentença condenar quando a lei condena e absolver quando a lei absolve.<sup>62</sup>

É por tal razão que toda imposição de pena pressupõe uma lei penal (*nulla poena sine lege*), assim como exige uma conduta cominada em lei (*nulla poena sine crimine*) e, por fim, o crime está condicionado à existência de uma pena legal (*nullum crimen sine poena legali*).

Há quem vislumbre daí a consequência de que deve a lei ser escrita, estrita, prévia e certa.

Não se questiona que FEUERBACH tenha traçado o esboço de tais garantias, porém, parecem estas estar assim construídas, mais especificamente, no Tratado de Derecho Penal<sup>63</sup>, de Reinhart MAURACH, de 1958<sup>64</sup>.

Em tal obra há evidente e exato registro das garantias materiais que o princípio da legalidade penal guarda até os tempos atuais – e que serão exploradas no decorrer do presente trabalho. Além da garantia formal – calcada nas idéias iluministas apresentadas – de que a lei penal deve ser proveniente do Legislativo (representante do povo, único e verdadeiro detentor do poder de legislar), o princípio da legalidade pena guarda (quatro) garantias materiais,

<sup>61</sup> ROXIN, Claus. **Op. Cit.**, p. 146.

<sup>62</sup> **Idem**, p. 637.

<sup>63</sup> O título original da obra alemã, de 1958, é *Strafrecht Allgemeiner Teil. Teilband 1, Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat*, tendo sido traduzida para o espanhol, pela primeira vez, em 1962, com o nome de Derecho Penal . Parte General. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible.

<sup>64</sup> “Como derivación del principio del Estado de derecho, el legislador fijó en el ordenamiento positivo la función de garantía de la ley penal (...): “Sólo se puede castigar un hecho si la punibilidad ha sido legalmente establecida antes de que este se cometiera. (...) Tiene una cuádruple significación (...): exclusión del derecho consuetudinario (...); prohibición del efecto retroactivo (...) y de analogía (...), principio de reserva legal (...) para las leyes penales (*nulla poena sine lege scripta et stricta atque praevia*)”. MAURACH, Reinhart. **Derecho Penal. Parte General**. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible. Trad. Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994, p. 157.



cada qual com seus desdobramentos.

Se há possibilidade de dizer em poucas palavras o que aqui se procurou demonstrar, eis: o “espírito do tempo”, ou seja, a atmosfera que circundava a sociedade quando da origem das bases ideológicas do princípio da legalidade penal estava tomada pelos pensamentos iluministas.

O Iluminismo significou um movimento intelectual de reação ao teocentrismo e ao poder ilimitado do Estado, representado pelas monarquias absolutistas. Posicionou, utilizando-se do pensamento cartesiano e da força do movimento Renascentista, o homem como ponto central (antropocentrismo). Diante de tal virada, o Estado passa a existir por escolha do homem (contrato social), não mais de Deus. Portanto, passa o Estado a existir para o homem e ter seu poder limitado.

As bases ideológicas do princípio da legalidade advêm dessa percepção: o Estado visa garantir os direitos individuais do homem (direitos provenientes do estado de natureza, – chamados de direitos de primeira geração -: vida, liberdade e propriedade). Seu poder é restrito pela lei, que é justamente a manifestação do Legislativo, poder que representa o povo.

O princípio da legalidade passa a ser o garantidor do cidadão frente aos abusos Estatais. Exige que a lei seja prévia (findando a insegurança de que “crime seria o que o monarca dissesse ser crime”), seja escrita, seja estrita e seja certa.

O Iluminismo implicou em extrema valorização do indivíduo (egocentrismo, individualismo), nada mais natural do que o princípio da legalidade – de origens iluministas, afinal - desmistificar a idéia de que o Direito Penal é instrumento a favor do Estado. “Se há alguém reprimido pelas normas penais esse alguém é o Estado, que pelo Direito Penal teve estritamente regulamentado seu poder de interferir na esfera pessoal de cada indivíduo”.<sup>65</sup>

## 1.2. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL NO BRASIL

O princípio da legalidade penal ganhou fôlego com os pensamentos

---

<sup>65</sup> RAMOS, João Gualberto Garcez. **A inconstitucionalidade do “direito penal do terror”**. Curitiba: Juruá, 1991, p. 22.

iluministas e com a Revolução Francesa, ecoou nas vozes de BECCARIA, FEUERBACH, MAURACH e tantos outros que se deram conta da importante conquista que aquele representava e, então, passou a ser concebido por grande parte dos ordenamentos jurídicos.<sup>66</sup>

No Brasil, no que tange às previsões constitucionais, o princípio da legalidade penal figurou, pela primeira vez, no art. 179, inc. XI, da Constituição de 1824 (Constituição Política do Império do Brasil)<sup>67</sup>.

Foi previsto, também, na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891<sup>68</sup>; na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 1934<sup>69</sup> e também na de 1946<sup>70</sup>; na Constituição do Brasil de 1967<sup>71</sup> e na Emenda Constitucional nº 1, de 1969<sup>72</sup>.

---

<sup>66</sup> Andrei Zenkner Schimidt aduz que “ressalvados os casos em que o sistema jurídico esteja baseado na *Commom Law*”. SCHIMIDT, Andrei Zenkner. **Op. Cit.**, p. 141. O *Commom Law* é o sistema de direito típico dos países Anglo-Saxões, em que os precedentes (jurisprudência) adquirem papel de fundamental relevância, vinculando, inclusive, posteriores decisões análogas – diferente do que ocorre nos países que adotam o sistema da *Civil Law*. Fato é, porém, que aquele se diferencia do sistema de direito da *Civil Law*, justamente pela (menor?) importância atribuída ao texto legal, o que aparentemente implicaria no reconhecimento de que o princípio da legalidade não teria de modo absoluto o mesmo tratamento em ambos os casos. Tem-se, entretanto, que cada vez mais os países caracterizados pela *Commom Law* demonstram estar em consonância com as garantias materiais do princípio da legalidade penal – mesmo porque suas violações são típicas de estados totalitários, o que não é o caso, por exemplo, dos Estados Unidos (caso típico de *Commom Law*). A garantia formal proveniente do princípio, por sua vez, revela uma distinção importante: enquanto no Brasil as leis penais são de competência exclusiva da União, pela promulgação de lei federal, nos Estados Unidos tal competência se estende aos estados-membros, que, inclusive, são responsáveis, atualmente, por aproximadamente 95% das tipificações penais. Para aprofundar o tema, sugere-se: RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de Processo Penal norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

<sup>67</sup> Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cíveis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tenham por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: (...) XI – Ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na forma por ella prescripta.”

<sup>68</sup> Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes: (...) §15. Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ella regulada”.

<sup>69</sup> Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual nos seguintes termos: (...) XXVI – Ninguém será processado, nem sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao facto, e na forma por ella prescripta.

<sup>70</sup> Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 27. Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma da lei anterior.

<sup>71</sup> Art. 150. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à proprie-

A Constituição outorgada por Getúlio Vargas, em 1937, fazia menção ao princípio da anterioridade (art. 122, inc. XIII), mas, em disposição posterior (art. 123), mitigava-o ao ponto de limitar a sua aplicação ao bem público, às necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como a segurança da Nação e do Estado.<sup>73</sup>

A Constituição Federal de 1988 – ora vigente -, prevê o princípio da legalidade em seu art. 5º, inciso XXXIX, que dispõe que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

No que diz respeito à legislação infraconstitucional brasileira, o princípio da legalidade penal foi concebido pelo Código Criminal de 1830<sup>74</sup>, pelo Código Penal de 1890<sup>75</sup> e pela Consolidação das Leis Penais (aprovada pelo Decreto nº 22.213/32<sup>76</sup>).

O Código Penal vigente, de 1940 (que manteve, mesmo após a Reforma Penal de 1984, o texto legal aqui mencionado), estabelece em seu art. 1º: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”

Observadas as bases ideológicas de origem do princípio da legalidade penal (dentro do contexto histórico/social do Iluminismo), comprovada a previsão expressa do mesmo no ordenamento jurídico brasileiro, tanto na Constituição Federal quanto no Código Penal, importa agora abordar as garantias – formal e materiais - advindas do referido princípio, assim como seus des-

---

idade, nem termos seguintes: (...) § 16. A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu.

<sup>72</sup> Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 16. A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu.

<sup>73</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Op. Cit.**, p. 143.

<sup>74</sup> Art. 1º. Não haverá crime ou delicto sem uma lei anterior que o qualifique.

<sup>75</sup> Art. 1º Ninguém poderá ser punido por facto que não tenha sido anteriormente qualificado como crime e nem com penas que não estejam previamente estabelecidas. A interpretação extensiva, por analogia ou paridade, não é admissível para qualificar crimes ou aplicar-lhe penas.

<sup>76</sup> Art. 1º Ninguém poderá ser punido por facto que não tenha sido anteriormente qualificado como crime e nem com penas que não estejam previamente estabelecidas. A interpretação extensiva, por analogia ou paridade, não é admissível para qualificar crimes ou aplicar-lhe penas.

dobramentos.

### 1.3. GARANTIAS DECORRENTES DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL

O princípio da legalidade penal conta com garantia de ordem formal (pode-se chamar, ainda, de garantia de caráter político) e com garantias de ordem material (ou técnicas).

Essa “bipartição”, ressalte-se, não propõe seja o Direito Penal dividido em “setores distintos e tenuamente comunicáveis”. Há pertinente crítica, nesse sentido, por parte de João Gualberto Garcez RAMOS, ao aduzir que:

Bipartiu-se inconscientemente o Direito Penal em dois setores distintos e, quando muito, tenuamente comunicáveis: há um Direito Penal “técnico”, ocupado principalmente com a teoria do crime e um Direito Penal “político”, ocupado com a teoria da pena e com os princípios penais. Cada qual se preocupa com suas tarefas, esquecido do outro.<sup>77</sup>

De fato, a interpretação tradicional dos princípios penais constitucionais por vezes acaba isolando o sentido técnico-dogmático do sentido político, o que implica em um Direito Penal esquizofrênico e de atuação questionável.

A bipartição aqui realizada se traduz na tentativa de demonstrar todas as garantias que – tradicionalmente – atribui-se ao princípio da legalidade penal: tanto em seu caráter técnico-dogmático (depreendidas da leitura do próprio dispositivo constitucional), quanto em seu caráter político (depreendido da construção histórica do mesmo); com ambas, inclusive, apoiando-se mutuamente. Evita-se, com isso, dar interpretação somente formalista ao princípio, desvirtuada de seu significado político de origem.

#### 1.3.1. Garantia Formal

Uma interpretação do alcance do princípio da legalidade, que seja fi-

---

<sup>77</sup> RAMOS, João Gualberto Garcez. **A Inconstitucionalidade no “Direito Penal Do Terror”**, p. 48.

el à origem histórica do mesmo e que considere a sua transcendência política, obriga a encará-lo como marco de uma determinada concepção da origem do Estado e da sociedade civil, da legitimação do poder e seu exercício<sup>78</sup>, ou seja, impõe o reconhecimento da ligação entre o princípio da legalidade e a doutrina do contrato social, a soberania popular e a divisão de poderes.<sup>79</sup>

Pela ótica contratualista, o Estado teve seu início pelo indivíduo e para o indivíduo. Existindo o Estado para o homem, é certo dizer que seus poderes são limitados. O cidadão somente admite a passagem do estado de natureza ao estado civil em virtude do pacto social assegurar a sua participação e controle da vida política. Tal se perfaz por intermédio do Poder Legislativo, representante do povo, único autorizado a criar leis - que constituem, pois, a expressão de vontade popular.<sup>80</sup>

Por tal razão, aduz Santiago MIR PUIG que o princípio da legalidade, além de garantir segurança jurídica (no sentido da previsibilidade de delitos e penas), conta com uma garantia política de que o cidadão não poderá ver-se submetido, por parte do Estado ou de seus juízes, a penas que o povo não tenha admitido.<sup>81</sup>

A garantia formal – entendida também como garantia política – do princípio da legalidade restringe o direito penal exclusivamente à matéria de lei, justamente pelo fato desta emanar do Poder Legislativo, o qual é integrado pe-

---

<sup>78</sup> GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Derecho Penal – Parte General**. Madrid: Jurista Editores, 2009, p. 428.

<sup>79</sup> “Si la investigación se encamina al análisis de los antecedentes y orígenes de la citada norma, veremos que ella entronca y resulta una consecuencia directa del principio de la división de los poderes, constituyéndose, por lo tanto, en una auténtica garantía que limita el poder represivo del Estado y resguarda al individuo, pues como protección de éste fue concebida.” FIERRO, Guillermo J. **Legalidad y Retroactividad de las Normas Penales**. Buenos Aires: Hammurabi, 2003, 122. No mesmo sentido: “A origem política do princípio da legalidade vincula-se ao contrato social e assenta suas raízes na idéia de uma razão que harmonize a todas as pessoas, na exclusão da arbitrariedade estatal, na inviolabilidade da liberdade de toda pessoa, e na exigência de dar segurança e certeza ao direito.” GIACOMOLLI, Neureu José. O princípio da legalidade como limite do ius puniendi e proteção dos direitos fundamentais. In **Direito Penal em Tempos de Crise**. Org. Lenio Luiz Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 153. Note-se que a interpretação da garantia forma (ou política) do princípio da legalidade é diretamente relacionada à origem contratualista-iluminista do mesmo. Aqui resta evidente a preocupação exacerbada na tutela do indivíduo, característica precípua do antropocentrismo, e com a limitação do poder estatal, explicada pelo contexto de monarquias absolutistas de poder desenfreado.

<sup>80</sup> MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal – Parte General** – Barcelona: Editorial Reppertor, 2010, p. 105.

<sup>81</sup> **Idem**, p. 106.

los representantes do povo e reflete a ideologia e valores essenciais em determinado momento histórico.

Toda Constituição que deriva de uma Assembléia Constituinte, como a nossa, é resultado dos vários segmentos que compõem as (...) sociedades pluralistas (esquerda, centro, direita). Como fruto dos debates entre estas várias correntes, genuinamente democráticas, porque eleitas pelo povo, foram estabelecidos os direitos fundamentais do Homem brasileiro. A quebra desses direitos por ato do presidente é inconstitucional e ilegítima, porque só os representantes do povo, respeitando-se a pluralidade política, poderão fazê-lo.<sup>82</sup>

O fato da lei ser a expressão de vontade popular reflete em duas notas características: o caráter diretamente representativo e plural do órgão competente e o seu procedimento deliberativo<sup>83</sup> e portanto, somente o Legislativo, com sua legitimidade democrática, pode decidir quais condutas serão merecedoras de penas e em que medida estas se darão, sendo esta preeminência do Legislativo a característica precípua de um modelo de Estado Democrático de Direito<sup>84</sup>.

A garantia penal decorrente do sentido político do princípio da legalidade permite que o povo decida sobre as restrições à sua própria liberdade.

Essa “reserva legal” comporta diferentes classes<sup>85</sup>, de modo que ins-  
ta clarear que, no que tange à lei penal, a reserva legal tem caráter absoluto (e

<sup>82</sup> GOMES, Luiz Flavio. A Lei Formal como Fonte Única do Direito Penal (incriminador). In **Revista dos Tribunais**, vol.656, 1990, p. 257.

<sup>83</sup> FRÍAS, Irene Navarro. **Mandato de Determinación y Tipicidad Penal**. Estudos de Derecho Penal y Criminologia. Granada: Comares, 2010, p. 37.

<sup>84</sup> “O enfraquecimento da relação com a lei é o primeiro sinal da passagem da rede penal (modelo Estado-sociedade liberal ou Estado autoritário) para a rede de repressão (modelo Estado totalitário). Esse enfraquecimento pode ser de natureza política: a lei não é mais votada pelo Parlamento, mas adotada por atos do Poder Executivo. (...)”. DESLMAS-MARTY, Mireille. **Os Grandes Sistemas de Política Criminal**. São Paulo: Manole, 2004, p. 242.

<sup>85</sup> “Alguns setores da dogmática jurídica falam em Reserva Absoluta e Reserva Relativa. Pela Reserva Relativa segundo ensina F. Mantovani, - o legislador fixa as linhas fundamentais, delegando o seu detalhamento à administração. Pela Reserva Absoluta, - segundo o Mestre de Florença – só a lei pode disciplinar a matéria criminal, excluindo-se qualquer tipo de disciplina normativa, mesmo no concernente aos aspectos secundários e marginais”. LUISI, Luiz. **Op. Cit.**, p. 22. No mesmo sentido: “Costuma-se distinguir algumas *classes de reservas*, como a *reserva absoluta* da lei, que implica a competência absoluta do Legislativo na produção das leis, a qual impede a remissão a outras fontes; *reserva relativa* da lei, que permite ao Poder Legislativo, mediante um ato de delegação voluntária outorgar competência legislativa, principalmente ao Executivo, sobre determinadas matérias previamente estabelecidas”. BUSATO, Paulo César. HUAPAYA, Sandro Montes. **Op. Cit.**, p. 129.

não relativo); em outras palavras, a competência de promulgação é absoluta do legislativo.

A concepção da “reserva absoluta” postula que a lei penal resulte sempre do debate democrático parlamentar, cujos procedimentos legislativos, e só eles, teriam idoneidade para ponderar e garantir os interesses da liberdade individual e da segurança jurídica, cumprindo à lei proceder a uma “integral formulação do tipo”.<sup>86</sup>

Diante da imposição da “reserva absoluta” (em detrimento da relativa) impede-se que os demais poderes, que não o Legislativo, tenham acesso à atividade tipicamente incriminadora<sup>87</sup>. A razão dessa escolha recair sobre o Poder Legislativo, se justifica pelo fato de que este possui inegável representatividade popular, conforme o art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal (“todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”).<sup>88</sup>

Ressalte-se, porém, que não é todo corpo normativo que pode estabelecer comportamentos penalmente reprováveis. É sabido que o ordenamento jurídico brasileiro permite seja um diploma legal originado de qualquer dos três Poderes, como evidencia o art. 59 da Constituição da República<sup>89</sup> ao prever, no processo legislativo, a elaboração de emendas à Constituição, leis complementares<sup>90</sup>, leis delegadas ou ordinárias, medidas provisórias, resoluções e decre-

<sup>86</sup> NILO, Batista. **Op. Cit.**, p. 71.

<sup>87</sup> “En virtud del contrato social sólo el legislador, como representante de los ciudadanos, está legitimado para intervenir en la libertad de los ciudadanos y sólo podrá intervenir mediante leyes lo suficientemente *precisas* que eviten que tal decisión quede en manos del juez.” FRÍAS, Irene Navarro. **Op. Cit.**, p. 37. Registre-se, aqui, a consideração de que leis imprecisas abririam, indiretamente, poder para que os magistrados legislassem a respeito de matéria penal. O termo “precisas” (no sentido de vincular efetivamente juízes e Tribunais) diferencia-se do termo “certas”, no sentido de “claras”. Essa última exigência, como será mais adiante tratado, reporta-se à garantia de previsibilidade da punição.

<sup>88</sup> MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 273.

<sup>89</sup> Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de : I – emendas à Constituição; II – leis complementares; III – leis ordinárias; IV – leis delegadas; V – medidas provisórias; VI – decretos legislativos; VII – resoluções.

<sup>90</sup> “Nada impede, contudo, o tratamento do Direito Penal pela via de lei complementar (assim, por ex., a LC nº 64, de 18 de maio de 1990). Ocorre que a lei complementar está, formalmente, em igual hierarquia às leis ordinárias, apenas distinguindo-se destas em relação à matéria e ao *quorum* qualificado para aprovação. Portanto, se o princípio da separação dos poderes restou

tos legislativos.

Dentro desse universo de legalidade (que vai de uma emenda à Constituição até um simples ofício circular), contudo, somente uma fonte pode ser considerada como o adequado instrumento do Direito Penal, pois, do contrário, teríamos de sujeitar a sociedade a proibições emanadas de mais de um poder e por mais de um instrumento. No Brasil, a verdadeira fonte de proibições penais é a *lei ordinária federal* (art. 22, inc. I, e art. 59, inc. III, da CRFB/88) que se sujeita à apreciação, separadamente, pela Câmara de Deputados e pelo Senado Federal, desde que aprovado o projeto de lei (art. 61 da CRFB/88) por maioria relativa dos membros de cada uma das Casas.<sup>91</sup>

No caso do Brasil, portanto, por conta do disposto no art. 22 da Constituição Federal<sup>92</sup>, a reserva absoluta é do Poder Legislativo Federal, o que indica, em última análise, que “as leis penais incriminadoras devem sempre resultar de um amplo e democrático debate parlamentar.”<sup>93</sup>

O prisma político (formal) do princípio da legalidade penal, implica, portanto (no Brasil), na observância do princípio da separação dos Poderes, que, por conta da reserva absoluta da lei penal, exige que tão somente o Legislativo – representante único do povo – tipifique crimes e comine penas, e na exigência das incriminações advirem de lei ordinária federal, com a impossibilidade de federalização do Direito Penal brasileiro.

### 1.3.2. Garantias Materiais

O princípio da legalidade nasceu historicamente e permanece constitucionalmente previsto como autêntica garantia individual contra a arbitrariedade do poder punitivo do Estado<sup>94</sup>, de modo que, ao interpretá-lo, não há que se perder de vista sua função precípua: a tutela do indivíduo frente ao poder esta-

---

intacto, e se, ademais, as leis complementares submetem-se a um procedimento legislativo mais rigoroso (aprovação por maioria absoluta), resta-nos concluir que nenhum motivo existe, sob o aspecto formal, para vislumbrarmos alguma fissura à garantia da reserva da lei estrita. SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Op. Cit.**, p. 148.

<sup>91</sup> **Idem. Ibidem.**

<sup>92</sup> Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho. (...).

<sup>93</sup> MEROLLI, Guilherme. **Op. Cit.**, p. 273.

<sup>94</sup> QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 44.



tal abusivo.

Santiago MIR PUIG enxerga no princípio da legalidade penal uma garantia criminal, uma garantia penal, uma garantia jurisdicional e uma garantia de execução.

A garantia criminal exige que o delito se encontre determinado por lei (*nullum crimen sine lege*). A garantia jurisdicional exige que a existência do delito e a imposição da pena se determinem por meio de uma sentença judicial e através de um procedimento legalmente estabelecido. E, finalmente, a garantia de execução requer que também a execução penal se sujeite a uma lei que a regule.<sup>95</sup>

Essas garantias, por sua vez, são oferecidas por normas jurídicas que, em nome do princípio da legalidade penal, respeitam “certos requisitos”. É justamente aqui que residem os desdobramentos que são tratados por “garantias materiais” (também chamadas garantias técnicas). A lei penal tem de ser prévia, escrita, estrita e certa.<sup>96</sup>

Sendo a lei prévia, está-se a garantir a irretroatividade da pena. Sendo a lei escrita, está-se a vedar a criação de crimes através de costume. Sendo a lei estrita, está-se a proibir a utilização de analogias para criar, fundamentar ou aumentar penas e, por fim, sendo a lei certa, está-se coibindo as incriminações vagas e indeterminadas.

<sup>95</sup> MIR PUIG, Santiago. **Op. Cit.**, p. 106.

<sup>96</sup> Não se pode afirmar que a doutrina é unânime ao reconhecer as quatro frentes materiais (ou técnicas) do princípio da legalidade penal. Santiago Mir Puig (em seu *Derecho Penal – Parte General*, p. 106), por exemplo, defende que há uma tripla exigência em torno da lei penal: que seja prévia, estrita e escrita. Opta-se, porém, e crê-se que em consonância com a doutrina majoritária, em tratar separadamente os quatro desdobramentos materiais/técnicos do princípio da legalidade penal. Nilo Batista (em seu “Introdução crítica ao direito penal brasileiro”, p. 66), reconhece as quatro garantias materiais que aqui se aborda. Paulo César Busato e Sandro Montes Huapaya (*Introdução ao Direito Penal – Fundamento para um Sistema Penal Democrático*, p. 132) desdobram as garantias em lei prévia, lei escrita e, por fim, lei escrita e certa, identificando estas duas últimas garantias com o que Silva Sánchez, em consonância com a doutrina Alemã, denomina “mandado de determinação”. Juarez Cirino dos Santos, em seu *Direito Penal – Parte Geral*, p. 20, aborda as garantias decorrentes do princípio da legalidade nas mesmas quatro frentes: lei prévia, escrita, estrita e certa. Claus Roxin, em seu *Derecho Penal – Parte General*, p. 140, faz referência expressa às “quatro conseqüências do princípio da legalidade”. Paulo José da Costa Junior, em seu *Curso Completo de Direito Penal*, p. 30, ao prever as conseqüências do princípio da legalidade, da mesma forma, arrola os quatro desdobramentos tratados no trabalho. Não se intenta aqui, obviamente, exaurir os doutrinadores nacionais e estrangeiros que defendem decorrer as mesmas quatro garantias materiais do princípio da legalidade, mas tão somente justificar a escolha e comprovar estar tal opção respaldada por número significativo de autores.

É do que se passa a tratar, de modo mais detalhado (com especial ênfase às garantias trazidas pela lei prévia e pela lei certa, em torno das quais giram as controvérsias mais relevantes, quando da abordagem das leis penais em branco).

#### 1.3.2.1. *Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege Praevia*

A exigência de lei prévia, desdobramento do princípio da legalidade penal, implica em diferentes princípios – cada qual com as suas garantias decorrentes. É o caso, como será visto, do princípio da anterioridade, do princípio da irretroatividade da lei mais maligna e do princípio da retroatividade da lei mais benigna.

##### 1.3.2.1.1. Princípio da Anterioridade

A garantia material decorrente do princípio da legalidade penal, de que não há crime e nem pena sem lei que os estabeleça previamente, não tem origem recente. Thomas HOBBS<sup>97</sup>, já no século XVII, percebia que um dano infligido por um fato antes da existência de uma lei que o proibisse, não se trata de um castigo, mas de um ato de hostilidade.<sup>98</sup>

Franz VON LISZT, no século XIX, se referia ao Código Penal – pela existência do princípio da legalidade e reconhecimento de suas garantias -, como a “Magna Carta do delinquente”. Hoje, tal nomenclatura restou superada pelo Estado Democrático de Direito e seu princípio inerente de presunção da inocência<sup>99</sup>. O princípio da legalidade visa garantir não o delinquente, mas o cidadão, sendo o Código Penal, então, a “Magna Carta do Cidadão”, de modo que, toda violação a tal princípio, afeta diretamente a direitos fundamentais do

<sup>97</sup> Saliente-se que tal afirmação consta da obra *Leviatã*, ou seja, obra baseada em um modelo absolutista de Estado.

<sup>98</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Op. Cit.**, p. 207.

<sup>99</sup> Constituição Federal, Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

indivíduo.<sup>100</sup>

O princípio da legalidade penal, descrito no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, garante que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, o que implica reconhecer: há um direito fundamental do cidadão em saber<sup>101</sup>, a todo momento, o que pode fazer (âmbito do lícito) e o que não pode fazer (âmbito do penalmente proibido), assim como as consequências jurídicas advindas da prática de uma conduta penalmente proibida.<sup>102</sup>

Em um mundo no qual não há acordo moral, deve ser dito aos cidadãos, de modo antecipado, quais condutas podem ou não desencadear sanções penais. É certo que muitas destas condutas afetam proibições básicas, como o homicídio e o roubo e são consideradas, portanto, por praticamente todos, como condutas proibidas e puníveis. Porém, outras, como adultério, jogos de azar, a prática de mentir à polícia ou de entregar regalias a funcionários públicos, não são tão claramente puníveis e é exatamente aqui que o princípio da legalidade cumpre uma função de advertência prévia.<sup>103</sup>

O *ius puniendi* estatal se fundamenta no contratualismo, não sendo difícil depreender que todo e qualquer contrato – no caso, o estabelecido entre cidadãos e Estado – diz respeito a condições e punições para o futuro, base que é para a existência de segurança jurídica. Nunca para o passado. E mais: se crime é um ente jurídico constituído pela relação de contradição entre um fato e a lei, simplesmente não pode haver contradição se a lei ainda não existe.<sup>104</sup>

<sup>100</sup> ESPINAR, José Miguel Zugaldía. **Fundamentos de Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993, p. 275.

<sup>101</sup> O art. 9º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos aduz que “ninguém pode ser condenado por suas ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave do que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinqüente será por isso beneficiado.”

<sup>102</sup> VALLEJO, Jaen Manuel. **Principios Constitucionales y Derecho Penal Moderno** – Estudios Sobre Cuestiones de Especial Relevancia Constitucional. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999, p. 24.

<sup>103</sup> FLETCHER, George P. **Conceptos Basicos de Derecho Penal**. Trad. Francisco Munoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 298.

<sup>104</sup> NERCELLAS, Marta E. Derecho Penal Económico y Leyes Penales en Blanco. In **Derecho Penal Económico – Tomo I**. RUBINSKA, Ramiro E., ALMENAR, Daniel Schurjin (coord). Buenos Aires: Marcial Pons, 2010, p. 406.

O *Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege Praevia*, portanto, surgiu com o intuito fundamental de vetar criações de leis *ex post facto*<sup>105</sup>. A previsibilidade da conduta por parte dos cidadãos, que se liga intimamente à idéia de segurança jurídica não é a única função da lei penal ser necessariamente prévia. A segunda razão é vincular os juízes, impedindo que estes adotem decisões movidas por objetivos morais ou políticos imediatos<sup>106</sup>, na medida em que se atrelam a leis prévias.<sup>107</sup>

Além da segurança jurídica (pela previsibilidade e pela vinculação judicial), há uma terceira razão na exigência da lei penal ser prévia: se o direito penal, através das tipificações e cominações legais de pena visa à intimidação dos que daquelas tomam conhecimento, é certo que uma lei penal que puna comportamento prévio à sua existência, quebra a finalidade de prevenção geral negativa<sup>108</sup>.

Há um fundamento político-criminal a justificar a adoção do princípio da “irretroatividade da lei penal mais severa”: a lei penal só pode inibir o comportamento criminoso se for pré-existente ao fato (...). Assim sendo, se admitíssemos a possibilidade de aplicação retroativa de uma lei penal mais severa, nós destruiríamos a noção de “prevenção geral negativa”, sobre a qual, aliás, repousa discursivamente toda a elaboração

<sup>105</sup> José Frederico Marques defende que tal garantia, ao lado das regras do juiz natural e da condenação judicial, consagra também o princípio do processo “by the law of the land”, do julgamento “per legem terrae”, para impedir o arbítrio de normas feitas *ad hoc* pelo órgão judicante. MARQUES, José Frederico. **Op. Cit.**, p. 202.

<sup>106</sup> “También la historia nos enseña de un modo irrecusable que la retroactividad en materia penal se halla en el devenir de los tiempos persistentemente vinculada a principios que se consideran superiores, no ya a la ley, sino al derecho mismo, sean dichos principios de índole moral (Cicerón); religiosos (el derecho canónico) o fundados en razones de justicia material (juicios de Nuremberg y Tokio)”. FIERRO, Guillermo J. **Op. Cit.**, p. 260.

<sup>107</sup> FLETCHER, George P. **Op. Cit.**, p. 299.

<sup>108</sup> Há quem diga que não apenas a função de prevenção geral negativa, mas também a função retributiva não se perfaz na hipótese de haver punição de um fato, sem que houvesse lei anterior o prevendo, como é o caso de Eduardo Correia: “a pena nunca poderia realizar os seus fins, quer de retribuição, quer de intimidação. Não poderia realizar os seus fins de intimidação no momento da ameaça, porque, não existindo esta quando se praticou o facto, a pena não actuou nem podia actuar no ânimo do agente. Não poderia realizar os seus fins de retribuição, porque, não sendo um facto criminalmente censurável no momento da sua prática, excluído fica o juízo de censura que está na base da imputação.” CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**. Coimbra: Livraria Almedina, 1968, p. 153.

sistemática de direito penal.<sup>109</sup>

É dentro da exigência de lei prévia, ainda, que se discute a garantia prevista constitucionalmente no art. 5º, XL, da Constituição da República, de que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Aqui, a garantia de lei prévia ganha contornos de princípio da irretroatividade da lei penal mais maligna e da retroatividade da lei penal mais benigna.

#### 1.3.2.1.2. Princípio da Irretroatividade da Lei Mais Maligna e Princípio da Retroatividade da Lei Mais Benigna

Se é regra a irretroatividade da lei penal mais maligna, por previsão constitucional (art. 5º, XL), da mesma forma, a contrário senso, é regra a retroatividade da lei penal mais benigna<sup>110</sup>, também por expressa previsão no mesmo dispositivo, bem como do art. 2º, *caput* e parágrafo único do Código Penal<sup>111</sup>.

O fundamento<sup>112</sup> para o princípio da retroatividade da lei penal, cons-

<sup>109</sup> MEROLLI, Guilherme. **Op. Cit.**, p. 289.

<sup>110</sup> Note-se que há possibilidade de retroatividade quando uma lei mais benigna é promulgada e também de ultratividade, no caso em que a lei revogada for mais benéfica: “a regra geral é a *atividade* da lei penal no período de sua vigência. A *extra-atividade* é exceção a essa regra, que tem aplicação quando, no conflito inter-temporal, se fizer presente uma norma penal mais benéfica. São espécies dessa atividade estendida a *retroatividade* e a *ultratatividade*. Esses dois efeitos ocorrem: quando a lei *revogada* for mais benéfica, ela terá *ultratatividade*, aplicando-se ao fato cometido durante a sua vigência; no entanto, se a lei *revogadora* for a mais benigna, esta será aplicada *retroativamente*.” BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 186.

<sup>111</sup> Art. 2º. Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Parágrafo único. A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado. Quando o Código Penal fala em causas extintivas da punibilidade, uma vez mais cita a *abolitio criminis*, no art. 107, III (Extingue-se a punibilidade: III – pela retroatividade de lei que não mais considera o fato criminoso), o que significa que, nesse caso, não perdurará qualquer efeito da condenação no âmbito penal.

<sup>112</sup> “Discute-se na doutrina qual a natureza do princípio que justifica a retroatividade da lei mais branda. Para uns, a predominância da lei mais benigna sobre a mais severa repousa em critérios de humanidade; para outros, alicerça-se em razões de equidade; e, para um terceiro grupo, fundamenta-se em postulados de justiça. Temos, para nós, que o debate é de sentido meramente acadêmico e de pouca relevância prática. Pois, a nosso ver, tanto a *humanitas causa* como a *equidade* e a *justiça* concorrem para justificar a exceção em referência. Trata-se de uma questão de primazia do *bem* sobre o *mal*, ou como diria Maggiore: prevalece a velha máxima – “*favores sunt ampliandi, odia restringenda*”. (Temos que ampliar os favores e restringir

titucionalmente garantido, é critério de justiça, uma vez que, se o próprio Estado afirmou expressamente (ao abolir o crime ou minorar a pena, por exemplo) que o bem jurídico anteriormente tutelado ou não merece mais tutela, ou a merece em menor proporção, não há sentido em obrigar o cidadão à pena anterior. A nova lei representa, portanto, uma nova concepção da sociedade por parte do legislador, e é a essa nova concepção que devem os indivíduos se submeter.<sup>113</sup>

A retroatividade excepcional contraria o princípio do art. 1º, mas justifica-se plenamente. O Estado, por dois dos seus poderes – o Legislativo e o Executivo, reconhece, ao instituir a nova lei, que a antiga era demasiado rigorosa. Cancela da lista das infrações uma figura delituosa, ou lhe reduz as penas. Não seria lógico que o próprio Estado, por outro de seus poderes – o Judiciário, perseverasse em querer punir alguém por um delito que deixou de o ser ou fizesse empenho em conservar, na aplicação das penas, a mesma severidade que entendera excessiva.<sup>114</sup>

Sobre o que seria lei penal mais benigna apta a retroagir, José Frederico MARQUES esclarece que toda diminuição do *jus puniendi* ou do *jus punitivis*, e toda ampliação dos direitos de liberdade do réu ou condenado, constituem o conteúdo da lei mais favorável: restringindo o *status subjectionis* ou ampliando o *status libertatis*, a nova lei estará sendo mais benigna.<sup>115</sup>

Vale ressaltar, então, que lei penal mais benigna e, portanto, sujeita a retroagir, não é tão somente aquela que descriminaliza uma conduta (*abolitio*

---

os ódios.)” LEIRIA, Antônio José Fabrício. **Teoria e Aplicação da Lei Penal**. São Paulo: Sarai-va, 1981, p. 79.

<sup>113</sup> MEROLLI, Guilherme. **Op. Cit.**, p. 293.

<sup>114</sup> GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal – Tomo I, Vol. I**. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1975, p.150.

<sup>115</sup> “Não é fácil esclarecer-se, completa e satisfatoriamente, o que se deva entender por lei mais favorável, ou lei mais benigna que beneficie o réu. Segundo NÉLSON HUNGRIA, a lei posterior se considera *lex mitior*, “para o efeito de retroatividade, não só quando elimina a incriminação de um fato, como quando, de qualquer modo, beneficia o réu”. BETTIOL entende impossível dar uma solução de caráter geral, pelo que aconselha “vedere in concreto caso per caso”. RANIERI ensina que se levando em conta todos os elementos que influem sobre o tratamento do sujeito, pode-se estabelecer qual a lei mais favorável e que cria uma situação jurídica mais benigna para aqueles a que deve ser aplicada”. Para JIMENEZ DE ASÚA, “são inúteis regras causuísticas formuladas em abstrato”, pois “o problema da lei mais benigna tem que decidir-se em cada caso concreto” comparando-se “em cada fato da vida real, o resultado da aplicação das diversas leis”. MARQUES. José Frederico. **Op. Cit.**, p. 208.

*criminis*) ou que impõe uma pena mais branda que a anteriormente fixada (*novatio legis in mellius*), mas pode, por exemplo, tratar-se da criação de uma nova causa de justificação ou de não culpabilidade, pode provir também de outras circunstâncias, como o menor tempo de prescrição, distinta classe de pena, nova modalidade de execução ou cumprimento parcial da pena<sup>116</sup>, dentre inúmeros outros exemplos a ser analisados em casos concretos, tendo em vista a impossibilidade da totalidade de previsões.

Visto sobre a possibilidade da lei mais benéfica retroagir, importa saber em qual momento a aplicação desta lei é possível: já durante o período de “*vacatio legis*” (ou seja, com a publicação, antes de findar o prazo que precede à sua entrada em vigor) ou tão somente quando a lei mais benigna estiver vigendo?

A doutrina não é pacífica ao responder tal questionamento. Crê-se a razão estar com aqueles autores que defendem poder ser a lei mais benigna aplicada retroativamente já no período de *vacatio legis*. Isso pois, a um, a lei penal, com a publicação, já está dotada de existência jurídica, a dois, tal período objetiva evitar surpresas para aqueles a que se destinam as leis, muito especialmente os infratores que sofrerão seus efeitos<sup>117</sup>, a três, a *vacatio legis* não é, portanto, um prazo destinado ao legislador para que o mesmo pondere sobre uma lei já aprovada e publicada.<sup>118</sup>

Diante de tais fundamentos, tem-se que a lei penal mais benéfica pode ser aplicada (retroativamente) já quando de sua publicação, independente de ter findado o período de *vacatio legis* e entrado a lei em vigor.

#### 1.3.2.1.3. Leis Excepcionais e Leis Temporárias

Há outra questão diretamente relacionada à (ir) retroatividade da lei penal: a existência das chamadas leis excepcionais e leis temporárias.

O artigo 3º do Código Penal prevê uma exceção ao princípio da re-

<sup>116</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Derecho Penal – Parte General I**. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 121.

<sup>117</sup> QUEIROZ, Paulo. **Op. Cit.**, p. 125.

<sup>118</sup> MEROLLI, Guilherme. **Op. Cit.**, p. 296.

troatividade da lei penal mais benigna, ao dispor que “a lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante a sua vigência”.

Do próprio conceito de lei excepcional e de lei temporária, insurgem-se as razões da disposição legal. “Considera-se *temporária* a lei quando esta traz expressamente em seu texto o dia do início, bem como do término de sua vigência”<sup>119</sup>, sendo excepcional “aquela editada em virtude de situações também excepcionais (anormais), cuja vigência é limitada pela própria duração da aludida situação que levou à edição do diploma legal”.<sup>120</sup>

Encerrando-se o período de vigência, no caso da lei temporária, ou extinguindo-se a situação anormal, no caso da lei excepcional, tem-se por revogadas referidas leis.

José Frederico MARQUES entende que tais leis sejam exceções ao princípio da irretroatividade da lei penal mais benéfica pois “se tais leis não fossem dotadas de ultra-atividade seriam inócuas para grande número de infratores, porquanto fácil lhes seria evitar as sanções ali cominadas”.<sup>121</sup> Em outras palavras, se aplicado o princípio geral da retroatividade da lei penal mais benéfica, se esvaziaria o conteúdo da norma excepcional ou temporária.<sup>122</sup>

Entendendo pela sua constitucionalidade<sup>123</sup>, MARQUES esclarece que, no caso das leis temporárias e excepcionais, o “tempo” faz parte da estrutura da norma e condiciona a punibilidade, sendo que, “em ambos os casos, a época do crime não é problema de Direito intertemporal (a não ser secundariamente), e sim, de tipificação da ação ou da conduta.”<sup>124</sup>

<sup>119</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 109.

<sup>120</sup> **Idem, Ibidem**.

<sup>121</sup> MARQUES. José Frederico. **Op. Cit**, p. 221.

<sup>122</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 101.

<sup>123</sup> Assim como Nélson Hungria, Costa e Silva, Damásio de Jesus, Miguel Reale Júnior.

<sup>124</sup> “A eficácia temporal vem ínsita no preceito, e decorrido o prazo de vigência desaparece o império da lei. Mas por ter sido elaborada em função de acontecimentos anormais, ou em razão de uma eficácia previamente limitada no tempo, não se pode esquecer que a própria tipicidade dos fatos cometidos sob seu império inclui o fator temporal como pressuposto da ilicitude punível ou da agravação da sanção. Nessas leis, o tempo integra a norma punitiva, ou como condição de maior punibilidade, exterior ao tipo, ou como elemento a este inerente. A pena cominada liga-se ao fato descrito no preceito primário, porque este foi cometido em determinada época”.



JESCHECK, também porta bandeira da constitucionalidade das leis temporárias, acrescenta o argumento de que a derrogação da referida lei penal não está ligada à mudança de concepção jurídica, mas tão somente ao desaparecimento do motivo que fez a lei penal nascer.<sup>125</sup> Assim, segundo ROXIN, o sujeito somente deve beneficiar-se pelo desaparecimento da lei que infringiu, se este se deu por modificação na valoração político-criminal, mas não se ocorreu unicamente por mudanças nas circunstâncias fáticas.<sup>126</sup>

É notável, porém, a parte da doutrina que grita a inconstitucionalidade do art. 3º do Código Penal. Isso porque, findo o término da lei temporária ou excepcional, haveria a descriminalização da conduta (*abolitio criminis*), momento no qual o Estado renuncia, ainda que de modo implícito, ao seu poder punitivo, não se justificando, então, a penalização dos infratores; não haveria mais função preventiva (especial ou geral) para aquela pena e, finalmente, o argumento utilitário de assegurar a função coercitiva não bastaria para legitimar a exceção ao princípio constitucionalmente previsto.<sup>127</sup>

A corrente doutrinária que aponta a inconstitucionalidade do dispositivo legal que prevê a ultra-atividade das leis penais temporárias e excepcionais, admite a vantagem de propiciá-la, “se assim não fosse, os processos pelas respectivas infrações e mesmo o cumprimento das penas teriam de iniciar-se e consumir-se antes do término da vigência da lei, o que é quase sempre inexecutável.”<sup>128</sup>

SCHMIDT revela que o problema é que o artigo 3º do Código Penal foi criado na intenção de normatizar situações bélicas ou calamitosas, mas a sua redação, por demais abstrata e permissiva, acabou por servir de fundamento para leis penais em matéria econômica, quando, por exemplo, o nível

---

ca ou durante o desenrolar-se de algum acontecimento excepcional.” MARQUES, José Frederico. **Op. Cit.**, p. 220.

<sup>125</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal – Parte General**. Berlim: Duncker u. Humblot, 1988, p. 126. “Se hace una excepción en la retroactividad de la ley más favorable cuando la anterior fuera una **ley temporal**. La ley temporal ha de seguir aplicándose a los delitos cometidos bajo su vigencia, aunque luego la perdiera (...), pues la derogación de la ley temporal responde a la desaparición del motivo de su nacimiento y no a un cambio en la concepción jurídica. De otro modo, la ley temporal carecería de toda autoridad cuando se aproximara el fin de su vigencia.”

<sup>126</sup> ROXIN, Claus. **Op. Cit.**, p. 169.

<sup>127</sup> QUEIROZ, Paulo. **Op. Cit.**, p. 121.

<sup>128</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Op. Cit.**, p. 231.

inflacionário da economia brasileira atinge patamar elevadíssimo.<sup>129</sup>

Tal alegação respalda no que se crê ser a melhor interpretação. Não há como declarar, de pronto, a inconstitucionalidade do dispositivo legal que prevê a ultra-atividade das leis penais temporárias e excepcionais, pelas razões já acima expostas. Porém, há que se verificar, em concreto, se a situação que ensejou o nascimento da lei temporária ou excepcional faz jus à “*ratio essendi*” do art. 3º do Código Penal, sendo, então, capaz de justificar a exceção a um princípio constitucional consagrado.

#### 1.3.2.1.4. Combinação de Leis (*Lex Tertia*)

Questão interessante que se põe, ainda, ao tratar de retroatividade de leis penais mais benéficas, é a possibilidade de combinação de leis (conjugação de aspectos favoráveis da lei anterior com da lei posterior).

Álvaro MAYRINK DA COSTA<sup>130</sup>, nega a possibilidade de realizar tal combinação, pinçando preceitos isolados de uma e de outra lei, posto que, nesse caso, estar-se-ia aplicando uma terceira lei, que jamais existiu. Estando, inclusive, nessa hipótese, o juiz realizando o papel de legislador.

Para essa corrente doutrinária, há de se optar pela lei mais benéfica dentre aquelas que estiveram, de fato, em vigência.

Contrariamente, Cezar Roberto BITENCOURT<sup>131</sup> defende a possibilidade de conjugação de leis sob o argumento de que nunca haverá uma lei estritamente completa, de modo que o juiz está sempre “configurando” uma terceira lei. Isso não passaria, então, de interpretação integrativa, admissível na atividade judicial, favorável ao réu.

Dizer que o juiz está fazendo lei nova, ultrapassando assim suas funções constitucionais, é argumento sem consistência, pois o julgador, em obediência a princípios de equidade consagra-

<sup>129</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Op. Cit.**, p. 232.

<sup>130</sup> MAYRINK DA COSTA, Álvaro. **Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 352. No mesmo sentido: Nelson Hungria, Aníbal Bruno, Heleno Cláudio Fragoso, Muñoz Conde, Jiménez de Asúa, Cerezo Mir.

<sup>131</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Op. Cit.**, p. 190. No mesmo sentido: Frederico Marques, Francisco de Assis Toledo, Damásio de Jesus, Juarez Cirino dos Santos, Andrei Zenkner Schmidt.

dos pela própria Constituição, está movimentando-se dentro dos quadros legais para uma tarefa de integração perfeitamente legítima. O órgão judiciário não está tirando *ex nihilo*, a regulamentação eclética que deve imperar *hic et nunc*. A norma do caso concreto é construída em função de um princípio constitucional, com o próprio material fornecido pelo legislador. Se ele pode escolher, para aplicar o mandamento da Lei Magna, entre duas séries de disposições legais, a que lhe pareça mais benigna, não vemos porque se lhe vede a combinação de ambas, para assim aplicar, mais retamente, a Constituição. Se lhe está afeto escolher o “todo”, para que o réu tenha tratamento penal mais favorável e benigno, nada há que lhe obste selecionar parte de um todo e parte de outro, para cumprir uma regra constitucional que deve sobrepassar a pruridos de lógica formal.<sup>132</sup>

Há, ainda, uma terceira corrente, aqui ecoada por Paulo QUEIROZ, que defende estar a discussão mal situada: rigorosamente não há combinação de leis penais, mas mera retroatividade parcial da lei. “É que a nova lei sempre pode ser total ou parcialmente favorável ao réu, podendo inclusive ser benéfica na parte penal e prejudicial na parte processual ou vice-versa”.<sup>133</sup>

Parece evidente assim que, se a lei deve retroagir quando for integralmente favorável, tal deverá ocorrer, com maior razão, quando o for apenas em parte, em respeito ao princípio constitucional da retroatividade da *lex mitior*, pouco importando o quanto de benefício encerre; afinal, se a lei deve retroagir no seu todo quando mais branda, o mesmo há de ocorrer quando somente o for em parte. Ademais, o Código (art. 2º, parágrafo único) prevê a retroatividade quando a lei posterior favorecer o agente de qualquer modo, isto é, incondicionalmente, sempre que a nova lei acarretar alguma espécie de atenuação de castigo.<sup>134</sup>

No Brasil, não apenas a doutrina se apresenta divergente sobre o tema, mas também os Tribunais Superiores. Parte dos julgados defende a não admissão de combinação de leis penais, sobre o argumento principal de que se estaria criando uma terceira lei (jamais existente, jamais vigente) e, com isso,

<sup>132</sup> MARQUES. José Frederico. **Op. Cit.**, p. 210.

<sup>133</sup> QUEIROZ, Paulo. **Op. Cit.**, p. 118.

<sup>134</sup> **Idem**, p. 119.

inclusive, infringindo o princípio da separação dos poderes.<sup>135</sup> Mas há julgados admitindo referida “combinação” (ou, para os adeptos da terceira corrente doutrinária, a retroatividade parcial de lei penal mais benéfica).<sup>136</sup>

### 1.3.2.2. Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege Scripta

O princípio da legalidade tem como segundo postulado o fato da lei, em nome da segurança jurídica, ser a fonte precípua do direito penal.

Não basta, é certo, haver lei escrita: há de ser lei federal, oriunda do Congresso Nacional, em consonância com o rito de criação constitucionalmente previsto<sup>137</sup> – tal como imposto pela garantia formal/política acima tratada.

Com a exigência de uma lei escrita (direito positivado) resta, desde logo, excluído o direito consuetudinário como possível fonte de delitos e penas ou agravação das mesmas – sendo esta a garantia material decorrente do *nullum crimen nulla poena sine lege scripta*.<sup>138</sup>

Se se está a tratar de direito consuetudinário, parece essencial traçar as características identificadoras dos costumes:

Não é à toa que se chama o costume de “direito imediato”, uma vez que exurge imediatamente das necessidades locais, conforme interpretação da consciência popular sem que qualquer órgão – estatal ou não – nele intervenha. Inclusive nas formas mais primitivas de convivência social o costume regula relações sociais sem exigir o uso da força, porque sempre obedecido como se se tratasse de seguir a lei escrita. O costume, é assim, uma prática constante, geral e uniforme, seguida com a convicção de sua obrigatoriedade, tal qual fosse lei. Eis aí dois de seus elementos caracterizadores indispensáveis: a repetição

<sup>135</sup> No Superior Tribunal de Justiça é o caso do HC 124782/ES, Dje 16/06/2011; RHC 22407/PR, Dje 15/03/2010; HC 131776/SP, Dje 07/12/2009; HC 150719/SP, Dje 05/12/11 e HC 114762/SP, Dje 28/06/2011. No Supremo Tribunal Federal é o que revelam os julgados: AI 729498 ED/SC, Dje 01/02/2011; HC 103833/SP, Dje 23/11/2010 e HC 94560/MG, Dje 14/09/2010.

<sup>136</sup> STF, HC 95435/RS, Dje 21/10/2008; STJ, HC 105905/SP.

<sup>137</sup> DELMANTO JÚNIOR, Roberto. Garantismo, Legalidade e Interpretação da Lei Penal. In **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol.67, 2007, p. 212.

<sup>138</sup> “La razón de la marginación del Derecho consuetudinario radica en la exigencia de que las normas penales solo puedan ser establecidas por la representación del pueblo, como valedora suprema de la voluntad popular, en el procedimiento previsto para legislar (fundamentación democrático-representativa del principio de legalidad)”. JESCHECK, Hans-Heinrich. **Op. Cit.**, p. 119.

constante de certos atos e a convicção de sua obrigatoriedade.<sup>139</sup>

Não há como deixar de reconhecer, porém, a existência e, mais, a importância dos costumes no âmbito jurídico-penal. Se não como fonte de direito incriminador, os costumes servem como elemento interpretativo-integrativo e, ademais, como fonte do direito penal na hipótese de benefício ao réu, como, por exemplo, no caso de atuar como causa supralegal de excludente de ilicitude, atenuação da pena, etc.<sup>140</sup>

Com efeito, “em diversas tipificações constantes na Parte Especial do Código Penal (...), o legislador presta menção a conceitos que, em última análise, só podem ser devidamente esclarecidos mediante a invocação dos costumes e usos sociais”.<sup>141</sup> É o caso, por exemplo, do crime tipificado no artigo 233 do Código Penal, que estabelece que será apenado aquele que “praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público”.

Se a lei não esclarece quais condutas são, de fato, caracterizadoras de ato obsceno, é com base justamente em costumes e práticas sociais que o magistrado fixará critérios que lhe permitam concluir pela configuração ou não do delito.

Da mesma forma, nos tipos culposos, o magistrado se socorre junto aos costumes e práticas sociais – dentre outros elementos - para saber se o indivíduo atuou com “o dever objetivo de cuidado”, se “criou riscos proibidos”, etc. Em outras palavras: o costume atuará, por vezes, como elemento integrativo do tipo penal.<sup>142</sup>

Outra função dos costumes - harmoniosa com o princípio da legalidade - é a sua utilização como fonte do direito penal, quando para beneficiar o réu, em especial diante do reconhecimento da teoria da adequação social da

<sup>139</sup> AMARAL, Cláudio do Prado. **Princípios Penais – Da legalidade à culpabilidade**. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p. 91.

<sup>140</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Op. Cit.**, p. 25.

<sup>141</sup> MEROLLI, Guilherme. **Op. Cit.**, p. 300.

<sup>142</sup> Vale aqui registrar as palavras de Roxin de que “lo que los tribunales deciden en esos campos y en otros similares *siempre* y sólo es un resultado de la interpretación y no tiene **nunca** – aunque haya una jurisprudencia constante – el carácter normativo vinculante del Derecho consuetudinario”. ROXIN, Claus. **Op. Cit.**, p. 160.

ação.

A teoria da adequação social, concebida por Hans Welzel, significa que, apesar de uma conduta se subsumir ao modelo legal, não será considerada típica se for socialmente adequada ou reconhecida, isto é, se estiver de acordo com a ordem social de vida historicamente condicionada.<sup>143</sup>

O princípio da adequação social – que se baseia, então, nos costumes como elemento influenciador do direito – possui dupla função. A primeira diz respeito à restrição da aplicação do tipo penal, através da limitação de sua interpretação. A segunda função é dirigida ao legislador<sup>144</sup>, em duas vertentes:

A primeira delas orienta o legislador quando da seleção das condutas que deseja proibir ou impor, com a finalidade de proteger os bens considerados mais importantes. Se a conduta que está na mira do legislador for considerada socialmente adequada, não poderá ele reprimi-la valendo-se do Direito Penal. Tal princípio serve-lhe, portanto, como norte. A segunda vertente destina-se a fazer com que o legislador repense os tipos penais e retire do ordenamento jurídico a proteção sobre aqueles bens cujas condutas já se adaptaram perfeitamente à evolução da sociedade. Assim, da mesma forma que o princípio da intervenção mínima, o princípio da adequação social, nesta última função, destina-se precipuamente ao legislador, orientando-o na escolha de condutas a serem proibidas ou impostas, bem como na revogação de tipos penais.<sup>145</sup>

Pode-se concluir, diante do exposto, que os costumes são, sim, importantes elementos para a ciência penal. Cumprem papel integrativo-interpretativo e, ainda, são fonte de direito quando visam beneficiar o réu, sendo os protagonistas do princípio da adequação social.

Assim, o princípio da legalidade, em seu segundo postulado – *nul-*

<sup>143</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Volume I – Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 145.

<sup>144</sup> Cite-se como exemplo do reconhecimento da aplicação do direito consuetudinário no direito penal brasileiro, a revogação do delito previsto no art. 240 do Código Penal - que visava à proteção e organização jurídica da família e do casamento – pela lei nº 11.106 de 28 de março de 2005. À época, o então presidente do STJ, Min. Édson Vidigal, afirmou que o dispositivo que cuidava do adultério estava em desuso há anos e que a disposição do Congresso em revogá-lo não seria nada mais do que “uma missa de sétimo dia”.

<sup>145</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2010, p. 54.

*lum crimen nulla poena sine lege scripta* – tem como garantia a proibição da intervenção dos costumes apenas – porém incondicional e totalizantemente – no que concerne à criação de crimes e majoração de penas.<sup>146</sup>

### 1.3.2.3. Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege Stricta

A terceira garantia material derivada do princípio da legalidade decorre da exigência de ser a lei estrita. Trata-se da proibição do uso de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas, ou seja, para qualquer situação que venha em desfavor do acusado.

Chama-se analogia o procedimento lógico pelo qual o espírito passa de uma enunciação singular a outra enunciação singular (tendo, pois, caráter de uma indução imperfeita ou parcial), inferindo a segunda em virtude de sua semelhança com a primeira; no direito, teríamos analogia quando o jurista atribuisse a um caso que não dispõe de expressa regulamentação legal a(s) regra (s) prevista (s) para um caso semelhante.<sup>147</sup>

Em outras palavras, “a analogia é uma forma de preenchimento de lacuna por auto-integração, pois a partir de um comportamento regulado estende-se a outro não regulado, a regra disciplinadora do primeiro ao segundo, em virtude de serem juridicamente similares”.<sup>148</sup>

É unânime na doutrina e também na jurisprudência brasileira a inaplicabilidade da analogia *in malam partem*, prática largamente utilizada pelo direito penal de estados totalitários<sup>149</sup>. Assim, o fato do princípio da legalidade exigir que a lei assuma um caráter estrito, implica no reconhecimento de que, se o significado concreto de uma possível analogia acarretar prejuízo para o

<sup>146</sup> BATISTA, Nilo. **Op. Cit.**, p. 69.

<sup>147</sup> **Idem**, p. 72.

<sup>148</sup> JÚNIOR, Miguel Reale. **Op. Cit.**, p. 91.

<sup>149</sup> “A história recente mostra que nem sempre a analogia foi desconsiderada no âmbito penal incriminador. O direito penal nazista utilizava a analogia abertamente. Também a União Soviética, nos Códigos de 1922 e 1926 autorizou a aplicação da analogia incriminadora, que somente foi abolida com o Código de 1960 da mais importante das repúblicas federadas (República Socialista Soviética da Rússia).” AMARAL, Cláudio do Prado. **Princípios Penais – Da legalidade à culpabilidade**, p. 104.

réu, será tal analogia classificada como proibida.<sup>150</sup>

A primeira razão para tanto é que o princípio da legalidade garante ao indivíduo que este, de antemão, tenha condição de conhecer os âmbitos de permissão e proibição de suas condutas, de modo a optar pela forma de atuação. Tal garantia é cumprida, então, pela existência de lei.

O mesmo princípio garante que quem determinará quais condutas serão puníveis será o próprio povo, através de seu legítimo representante (o legislativo), motivo pelo qual crimes e respectivas penas necessariamente decorrem de lei. Na hipótese de se permitir a analogia para criação de crimes ou agravamento de penas, estar-se-ia possibilitando a substituição do legislador pelo juiz. Veda-se, então, em respeito ao princípio da legalidade, a utilização de analogia *in malam partem*.<sup>151</sup>

Em contrapartida, se o significado concreto representar benefício para o réu, constitui analogia permitida. E o motivo parece óbvio. Se o princípio da legalidade, através de seu postulado de exigência de lei estrita, visa garantir o cidadão de que haverá punição tão somente nos termos da lei (emitida pelo legislativo), inviável a adoção de analogias para puni-lo. Em sendo a analogia utilizada ao seu favor, para minorar ou excluir a pena, por exemplo, não há colisão alguma com referido princípio.

<sup>150</sup> Saliente-se que o âmbito de vigência da proibição de analogia *in malam partem* abrange tanto a Parte Especial do Código Penal (tipos penais e cominações de pena), quanto a Parte Geral, como por exemplo as regras de tentativa, co-autoria e participação. ROXIN, Claus. **Op. Cit.**, p. 156.

<sup>151</sup> Atente-se à diferenciação entre a analogia prejudicial ao réu – vedada por decorrência do princípio da legalidade – e interpretação prejudicial ao réu, que é permitida, desde que compatível com os valores constitucionais: Mientras que la interpretación es búsqueda de um sentido del texto legal que se Halle dentro de su <<sentido literal posible>>, la analogia supone la aplicación de la ley penal a un supuesto no comprendido em ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero *análogo* a otros sí comprendidos en el texto legal. MIR PUIG. **Op. Cit.**, p.115. A interpretação, então, ainda que resulte prejudicial (desde que dentro dos modelos de interpretação aceitos constitucionalmente), não ultrapassa o limite de garantia representado pela letra de lei, pois toda interpretação admissível se move dentro desse limite (o sentido literal possível): “A interpretação extensiva, diversamente da analogia que se proíbe, é forma de interpretar a lei. Na interpretação extensiva as palavras ou expressões contidas na lei permitem que lhes sejam atribuídos significados mais amplos, em razão de um atributo próprio dessas palavras ou expressões, que é a dotação de uma elasticidade semântica variável. (...) Recomenda-se, contudo, que a interpretação extensiva em matéria penal incriminadora seja excluída do campo de operacionalidade do direito, substituindo-se pela forma de interpretação que se afigurar mais justa para o caso concreto.” AMARAL, Cláudio do Prado. **Princípios Penais – Da legalidade à culpabilidade**. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p. 105. Já a analogia prejudicial ultrapassa, sim, o limite de garantia dada pela letra da lei – motivo pelo qual é vedada.



Hoje, a analogia pode ser equacionada deste modo: a) a analogia *in malam partem* – analogia *praepeter legem* e analogia *contra legem* -, como analogia prejudicial ao réu, é absolutamente proibida pelo Direito Penal; b) a analogia *in bonam partem* – analogia *intra legem* -, como analogia favorável ao réu, é permitida pelo princípio da legalidade, sem nenhuma restrição; nas justificações, nas exculpações e em qualquer hipótese de extinção ou de redução da punibilidade.<sup>152</sup>

Muito embora o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil recomende que, na omissão da lei, o magistrado decida “de acordo com a analogia, os costumes, e os princípios gerais do direito”, já restou evidenciado que, no direito penal, há severos limites a essa recomendação.

Se o uso dos costumes como fonte do direito penal é vedado sempre que vier em prejuízo do acusado, com base na garantia decorrente no *nullum crimen nulla poena sine lege scripta*, a utilização de analogia, em desfavor do réu, é igualmente e absolutamente proibida pelo ordenamento jurídico brasileiro em matéria penal, tendo em vista o *nullum crimen nulla poena sine lege stricta*.<sup>153</sup>

#### 1.3.2.4. Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege Certa

A quarta garantia material decorrente do princípio da legalidade diz respeito à proibição de incriminações indefinidas e obscuras, tendo em vista a exigência da lei ser certa. Tal desdobramento é o consagrado princípio da taxatividade.

<sup>152</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. Curitiba: Lumen Juris, 2008, p. 22.

<sup>153</sup> De uma visão um tanto distinta compartilha, por exemplo, Manuel Jaén Vallejo: “(...) es cierto que no tiene mucho sentido tratar la exigencia de *lex stricta*, como tradicionalmente se ha hecho, en el sentido de una prohibición de la analogia (*in malam partem*), pues siempre si interpreta, en especial cuando se utiliza el método teleológico, que goza de preferencia, se utiliza la analogia. La razón es clara: el ‘sentido razonable inmanente de la ley’ no se puede descubrir sino aplicando la decisión valorativa del legislador ‘descubierta’ por el intérprete a casos análogos a los que aquél tuvo en cuenta en el momento de dictar la ley. Con razón hace ya años que se habla de la ‘crisis de la prohibición de la analogia’, porque se entiende que no hay interpretación sin analogia y, por supuesto, sin interpretación no se puede determinar el alcance de la ley”. Como dice Hassemer, el principio de legalidad no prohíbe la analogia, porque no prohíbe interpretar, sino que prohíbe generalizar la ley penal de una manera exagerada e inadmisibile”. VALLEJO, Jaen Manuel. **Principios Constitucionales y Derecho Penal Moderno**, p. 33.

De nada adiantaria que houvesse a exigência formal de lei, se não se exigisse uma definição precisa do preceito e da sanção penal: restaria esvaziado o conteúdo do princípio da legalidade. “Uma lei penal sem precisão não seria hábil para cumprir a função do Princípio da Legalidade, que é uma limitação do *jus puniendi* estatal”.<sup>154</sup>

Não se ignora que a lei penal é constituída de palavras e estas, por si só, jamais são totalmente precisas<sup>155</sup>. Mas também não há que se deixar de exigir, por isso, que o legislador esgote todos os seus recursos técnicos para outorgar a maior precisão possível à lei.<sup>156</sup>

Observe-se que a precisão exigida é referente ao preceito – ou seja, à conduta tipificada -, e também à sanção. Dessa forma, a sanção penal não pode ser fixada em patamar único, por afronta ao princípio da individualização da pena e nem em patamar excessivamente amplo<sup>157</sup>, por violação ao princípio da taxatividade.

Não é permitido, igualmente, tratando-se de penas graduáveis, que o legislador não estabeleça uma escala de merecimento penal, com pólos mínimo e máximo, ou a estabeleça com extensão tão ampla que instaure na prática a insegurança jurídica, diante de soluções radicalmente diferentes para fatos pelo menos tipicamente assimiláveis, favorecendo um perigoso arbítrio judicial.<sup>158</sup>

Se é justo afirmar que a utilização de analogia, conforme acima referido, era prática usual do direito penal de estados totalitários, também é válido

<sup>154</sup> BRANDÃO, Claudio. **Op. Cit.**, p. 61.

<sup>155</sup> “O problema de toda lei penal parece ser a inevitabilidade de certo nível de indefinição: as palavras da lei são objeto de interpretações diferentes, porque os juízos de valor enunciados não admitem descrições *neutras* – e tentativa semelhante seria monótona ou ridícula: como descrever o conceito de *injúria*, por exemplo? SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**, p. 23.

<sup>156</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Derecho Penal – Parte General**, p.116.

<sup>157</sup> Cite-se o exemplo do art. 293 do Código de Trânsito Brasileiro. Tal dispositivo prevê que a penalidade de suspensão ou de proibição de se obter permissão ou a habilitação, para dirigir veículo automotor (que pode ser aplicada, segundo o art. 292, como pena principal, isolada ou cumulativamente com outras penalidades), tem a duração de dois meses a cinco anos. É, aparentemente, uma sanção fixada em patamar muito aberto, pois pode um indivíduo ter a sanção fixada em dois meses enquanto outro, por crime de trânsito semelhante, pode receber a pena pela duração próxima de cinco anos. Há como questionar referido dispositivo – embora a jurisprudência o aplique unanimemente – face ao princípio da taxatividade.

<sup>158</sup> GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Op. Cit.**, p. 458.

menção que estes utilizavam-se da indeterminação e da ambiguidade da lei penal para adoção de práticas repressoras e controladoras. Assim, em um Estado Democrático de Direito é essencial que as normas que definam os crimes disponham de clareza denotativa na significação de seus elementos, no intuito de direcionar a atuação do juiz, e que seja facilmente inteligível para todos os cidadãos.<sup>159</sup>

Da ótica Iluminista, parece evidente que a tutela dos cidadãos contra o arbítrio estatal automaticamente exclui leis penais tidas como indefinidas ou obscuras, uma vez que estas favorecem interpretações lesivas aos direitos e dificultam o exato conhecimento da proibição.

A exigência de determinação da lei teria, pois, em princípio, dois objetivos conectados às razões que justificaram o surgimento do princípio da legalidade: por um lado, vincular efetivamente os juízes à lei, evitando assim margens de arbítrio nas decisões dos mesmos; e por outro lado, garantir aos cidadãos suas margens de liberdade, evitando que possam ver-se surpreendidos por punições penais não previstas. Atendendo a tais objetivos, conclui-se que os *destinatários últimos* da lei certa, que serão logicamente aqueles que vão entrar em contato com a lei, são os juízes e os cidadãos, e que frente a estes a lei deve cumprir uma missão de vinculação (frente aos juízes) e de informação e orientação (frente aos cidadãos). (Tradução livre)<sup>160</sup>

O princípio da taxatividade, objetiva, então, a um, vincular o órgão

<sup>159</sup> A dificuldade relacionada ao princípio da taxatividade (mandato de determinação), parece ter aí o seu início: os textos jurídico-penais devem estar redigidos de forma clara e inteligível (fácil de compreender), a fim de possibilitar a compreensão por parte dos cidadãos. Ao mesmo tempo, precisam estar redigidos de modo preciso, na intenção de vincular efetivamente o Estado e seu poder punitivo. Ocorre que nem sempre é possível alcançar os dois objetivos simultaneamente. Nem sempre maior clareza implicará em maior precisão e vice versa. E, então, “la posible oposición de los fines que persigue el principio de legalidad nos lleva entonces a concluir que no basta enumerar las exigencias que derivan del mandato de determinación, sino que hay que decidir si unas priman sobre otras”. FRÍAS, Irene Navarro. **Op. Cit.**, p. 22.

<sup>160</sup> “La exigencia de determinación de la ley tendría pues, en principio, dos objetivos conectados a las razones que justificaron el surgimiento del principio de legalidad: por un lado, vincular efectivamente a los jueces a la ley, evitando así márgenes de arbitrio en las decisiones de los mismos: y por otro lado, garantizar a los ciudadanos sus márgenes de libertad, evitando que pudieran verse sorprendidos por condenas penales no previsibles para los mismos. Atendiendo a tales objetivos, cabe concluir que los *destinatarios últimos* de la ley cierta, que serán lógicamente aquéllos que van a entrar en contacto con la ley, son los jueces y los ciudadanos, y que frente a éstos la ley debe cumplir una misión de vinculación (frente a los jueces) y de información y orientación (frente a los ciudadanos).” **Idem**, p. 19.

jurisdicional. “Havendo violação da taxatividade, a norma penal deve ser tida como inconstitucional pelo julgador, dado seu confronto direto com uma garantia fundamental do indivíduo e ante sua impossibilidade prática de aplicação.”<sup>161</sup>

A dois, visa à tutela do cidadão, que possui o direito de informação e orientação. É possível e correto extrair do próprio texto constitucional brasileiro (não há crime sem lei anterior que “o defina”), o direito público subjetivo do indivíduo em ter conhecimento exato acerca da definição do crime.<sup>162</sup>

Aqui, registre-se, se insere a idéia de função preventivo-geral da pena, já que, na hipótese de não haver lei certa, o indivíduo estaria impedido de reconhecer na norma o que se visa proibir, não proporcionando a base para um juízo de reprovabilidade.

De outra parte, tutela o cidadão ao garantir que a lei que sanciona condutas provenha do próprio povo, através do legislador que o representa. Isso pois, ao haver a promulgação de lei incerta, torna-se possível a violação ao princípio da separação dos poderes, vez que permitiria ao magistrado (poder judiciário) elaborar a interpretação que bem entendesse e, assim, invadir o terreno legislativo.<sup>163</sup>

O princípio da taxatividade é dirigido, no intuito de cumprir referidas finalidades, ao legislador. É este quem está proibido de elaborar normas incriminadoras de modo ambíguo, impreciso, equivocado ou vago. É clara, então, a missão do legislador:

A concreta descrição da conduta apenada há de ser levada a cabo de forma clara, inequívoca e exhaustiva, de sorte que tanto o juiz como o cidadão possam conhecer com certeza o conteúdo da proibição e seus contornos: o que está permitido e o que está proibido. O 'nullum crimen' exige, pois, precisão e exhaustividade no modo de formular o pressuposto da incriminação penal e as consequências jurídicas desta.<sup>164</sup>

---

<sup>161</sup> COSTA, Leonardo Luiz de Figueiredo. **Limites Constitucionais de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 68.

<sup>162</sup> BATISTA, Nilo. **Op. Cit.**, p. 77.

<sup>163</sup> ROXIN, Claus. **Op. Cit.**, p. 169.

<sup>164</sup> GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Op. Cit.**, p. 457.

Diante da constatação da inevitabilidade de certo nível de indefinição em uma norma incriminadora – e mesmo desta necessidade<sup>165</sup>, em certos casos -, impõe-se pensar como remediar a situação. Encontrar, nas palavras de ROXIN, o “limite, passado do qual a indeterminação será inconstitucional”.<sup>166</sup>

O Tribunal Constitucional Federal Alemão pretendeu resolver a questão, estabelecendo, basicamente, que quanto maior a pena, maior a exigência de determinação da lei e que à jurisprudência caberia o encargo de concretizar as normas indeterminadas, de modo a se satisfazer a exigência de lei certa.

ROXIN critica, acertadamente, ambas as soluções: uma vez que o princípio da legalidade rege igualmente todas as normas incriminadoras, não há que se exigir que o grau de determinação aumente proporcionalmente ao *quantum* da pena prevista em abstrato. No que refere à concretização por parte da jurisprudência, estar-se-ia renunciado à separação dos poderes.

O professor alemão sugere, então, caminho distinto: os princípios de interpretação em Direito Penal, segundo os quais um preceito penal será suficientemente preciso e determinado se e na medida em que do mesmo se possa deduzir um claro fim de proteção por parte do legislador e que o teor literal siga determinando limites à interpretação arbitrária.<sup>167</sup>

A busca na lei pelo “claro fim de proteção por parte do legislador”, que menciona ROXIN, é, sem dúvida, um modo de restringir de interpretações por demais arbitrárias. Porém, não parece garantir, por si só, a segurança jurídica almejada pelo princípio da taxatividade.

Parece, porém, que o que faz com que o postulado da lei certa seja hoje o ponto mais delicado do princípio da legalidade, é justamente a exigência antagônica que se apresenta: de um lado, há que se lançar mão de conceitos vagos ou menos determinados, a fim de que possa caminhar o direito penal juntamente com a sociedade, a fim de oferecer a clamada segurança social. De

<sup>165</sup> “Se um tipo penal neutro, por um lado, é o mecanismo mais eficaz de se atingir a *segurança das relações sociais*, por outro, é a solução mais ineficaz para a busca da justiça social tutelada pelo art. 3º da CRFB/88.” SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Op. Cit.**, p. 243.

<sup>166</sup> ROXIN, Claus. **Op. Cit.**, p. 171.

<sup>167</sup> **Idem**, p. 172. E acrescenta o autor: “En tal caso se dará un marco de regulación, cuya concreción se podrá seguir considerando como interpretación de una ley determinada (precisa).”

outro, há que utilizar de conceitos neutros, descritivos, seguros, fechados, no intuito de vincular o Judiciário e proteger o cidadão contra o poder punitivo estatal.

Andrei Zenkner SCHMIDT aduz, fazendo uso da expressão aristotélica, que “o caminho da excelência moral está na moderação, ou seja, no equilíbrio necessário dos meios capazes para a conciliação de suas metas antagônicas: *segurança e justiça*”.<sup>168</sup>

O autor admite, então, que a vagueza de um tipo penal incriminador é tolerável (aqui, cuidando da *justiça*) sempre que o seu conteúdo possa ser definido mediante uma definição explicativa, ou seja, uma tipificação geral e, portanto, segura (cuidando, nesse ponto, da *segurança*). Admite, ainda, que tal definição explicativa seja feita, posteriormente à promulgação da lei, através da jurisprudência, da doutrina ou do senso comum.

Crê-se que lhe assiste razão em partes. Diante de conflito de valores tão essenciais, justiça e segurança, não há como descartar um em detrimento do outro. A moderação, é certo, é o único caminho. Discorda-se, porém, da solução de que toda vagueza é aceitável se seguida de definição explicativa pois, nesse ponto, o autor parece inclinar-se à justiça (descuidando da segurança).

A segurança jurídica reside, sim, no fato do cidadão possuir o direito do conhecimento prévio da definição do crime. E, talvez nesse ponto, a definição explicativa advinda da jurisprudência, da doutrina ou do senso comum, baste para garanti-la. Mas essa é apenas parte da segurança jurídica almejada tradicionalmente pelo princípio da legalidade. Há, ainda, o direito do cidadão saber que as condutas puníveis serão eleitas pelo seu representante direto – o legislador. E, nesse ponto, peca a solução ofertada.

O impasse que surge do princípio da taxatividade, qual seja, a dupla e antagônica exigência de segurança jurídica (individual, face ao poder punitivo estatal) e de segurança social (através, justamente, do poder punitivo estatal), muito se assemelha ao ponto central do presente trabalho (leis penais em branco face ao princípio da legalidade).

---

<sup>168</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Op. Cit.**, p. 243.

Diante do conflito de valores tão caros ao Estado Democrático de Direito, a questão parece insolúvel. E se parece, é justamente porque a resposta exige mais do que o até aqui exposto. É esse “mais” que se pretende atingir com o desenvolvimento dos capítulos seguintes.

## 2. LEIS PENAIS EM BRANCO

Visando satisfazer exigências impostas pelo adequado estudo das leis penais em branco, faz-se necessário tecer breves – e inevitavelmente superficiais - considerações acerca da lei e da norma penal.

### 2.1. LEI PENAL X NORMA PENAL: BREVES CONSIDERAÇÕES

O Direito Penal descreve, através de suas leis, condutas ilícitas, às quais vincula determinada sanção. Implica dizer: não há, na lei penal, um conteúdo imperativo explícito, mas tão somente implícito.

O legislador não traz, quando da elaboração da lei penal, o imperativo “não matarás”. Traz, sim, “matar alguém”, conduta à qual liga a previsão abstrata de uma pena.

A peculiaridade dessa técnica legislativa, onde só por via indireta se constrói a regra proibitiva, deriva principalmente da imprescindibilidade de descrição prévia das condutas puníveis, como consequência do *nullum crimen sine lege*.<sup>169</sup>

Com base nessa peculiaridade técnica do Direito Penal, Karl BINDING<sup>170</sup> – cuja teoria é indissociável do estudo da norma penal, posto que a elegeu pedra angular do direito penal - distinguiu norma penal de lei penal.

Norma penal seria, justamente, o preceito proibitivo (que cria o ilícito). A lei penal, por sua vez, descreve a conduta, criando o delito e atribuindo ao Estado o poder punitivo de violação à norma. É por isso que se diz que o sujeito que pratica um homicídio não viola a lei penal do art. 121 do Código Pe-

---

<sup>169</sup> MARQUES, José Frederico. **Op. Cit.**, p. 111.

<sup>170</sup> Karl Binding lançou a primeira edição da obra “Die Normen und ihre Übertretung” (As Normas e sua Violação) no ano de 1872.



nal; pelo contrário, pratica exatamente o descrito nesta lei. Quem mata alguém viola a norma (o imperativo “não matarás”) que precede à lei.<sup>171</sup>

A norma penal, então, adquire força vinculante através, necessariamente, da lei penal, por respeito ao princípio da legalidade.<sup>172</sup>

### 2.1.1. Normas Primárias e Normas Secundárias

A lei penal pode servir de base a mais de uma norma penal, segundo assertiva de Santiago MIR PUIG. É o que ocorre, por exemplo, nos tipos penais da parte especial do Código Penal, pois servem de base a duas classes de normas: uma dirigida ao cidadão, proibindo o cometimento do delito (norma primária); outra dirigida ao juiz, obrigando-o a impor uma pena na hipótese de cometimento da conduta descrita na lei penal (norma secundária).<sup>173</sup>

As leis penais ligadas à previsão de sanção visam informar/alertar o cidadão (e, ainda, intimidar, conforme a função de prevenção geral negativa da pena). Mas vão além, pois visam comunicar ao cidadão uma norma penal proibitiva que ensejou a lei penal, residindo aqui a chamada norma primária. E, ademais, comunicar ao juiz uma norma penal que obriga a aplicação da pena vinculada, no caso de violação à norma penal proibitiva.

Com efeito, as mensagens transmitidas pela norma penal são expressas sob estas duas formas, ambas contidas em uma mesma expressão normativa, já que resulta evidente que para que o legislador alcance seus objetivos não é suficiente que o cidadão seja informado da existência de uma proibição, mas também é imprescindível que, uma vez que a mensagem seja captada, porém não atendida, existam os órgãos e mecanismos que imponham as correspondentes sanções.<sup>174</sup>

A norma secundária pode ser depreendida do próprio texto legal. Comprova-se tal assertiva da leitura, para continuar no mesmo exemplo, do art. 121 do Código Penal. Ao descrever a conduta “matar alguém” e atribuir a esta uma sanção (“pena: reclusão de 6 (seis) a 20 (vinte) anos”), está expressa a

<sup>171</sup> MARQUES, José Frederico. **Op. Cit.**, p. 113.

<sup>172</sup> BUSATO, Paulo César. HUAPAYA, Sandro Montes. **Op. Cit.**, p. 94.

<sup>173</sup> MIR PUIG, Santiago. **Op. Cit.**, p. 61.

<sup>174</sup> BUSATO, Paulo César. HUAPAYA, Sandro Montes. **Op. Cit.**, p. 95.

comunicação ao juiz de que, em caso de prática da conduta prevista, referida pena deve ser aplicada. A norma primária, nesse caso, - ou seja, a comunicação do “não matarás”, dirigida aos cidadãos – deve ser inferida do conteúdo.

De qualquer sorte, reconhece-se também a norma primária, pois, “do contrário, se só existisse a ‘norma secundária’, o delito não seria infração alguma, posto que aquela não proíbe o fato ao cidadão, mas se dirige ao Juiz”.<sup>175</sup>

### 2.1.2. Estrutura da Lei Penal

A lei penal, dentro da teoria de Karl BINDING, possui estrutura bipartida<sup>176</sup>. É constituída pelo tipo (preceito que descreve a conduta humana) e pela consequência penal (sanção atrelada ao tipo). Dentro da sua diferenciação de lei penal e norma penal, portanto, esta “é um imperativo que deve resultar exclusivamente da primeira parte da lei penal, ou seja, sem o acréscimo da segunda (a sanção)”.<sup>177</sup>

Conclui-se, então, que para BINDING a norma penal é um imperativo, enquanto a lei penal, ao contrário, não é um mandamento, mas um dispositivo que autoriza a punição, de modo a regular a relação entre o cidadão que viola a norma jurídica (o imperativo) e o Estado, detentor do *jus puniendi*. Norma e lei penal como algo absolutamente independente. Quem viola, viola a norma penal. E não a lei.

Não se ignora que a teoria da norma de BINDING sofreu – e sofre – críticas<sup>178</sup>. Para o que interessa ao presente estudo, porém, registre-se que

<sup>175</sup> BUSATO, Paulo César. HUAPAYA, Sandro Montes. **Op. Cit.**, p. 95.

<sup>176</sup> A doutrina majoritária biparte a lei penal: de um lado, o pressuposto (também chamado preceito), que seria a descrição da conduta que a lei contempla e proíbe. De outro, a consequência jurídica (ou sanção) associada ao pressuposto. “Terminológicamente, suele distinguirse: precepto y sanción, o “supuesto de hecho” – o, simplemente: “presupuesto” – y “consecuencia jurídica”. Considero más acertada la terminología dominante, esto es, la que distingue entre “presupuesto” y “consecuencia”. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Op. Cit.**, p. 348.

<sup>177</sup> SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 28.

<sup>178</sup> Tão somente a título de registro, efetuaram críticas à teoria de Binding, Robert von Hippel, Julius Binder e Hans Kelsen, dentre outros. Uma crítica que merece registro é justamente quanto à assertiva de que “quem viola, viola a norma penal, não a lei”. “De tal sorte, não é válida a concepção de Binding de que o delinqüente não infringe a lei penal (antes, a realiza), pois na conduta ilícita quem sofre a lesão jurídica é a norma que se localiza por detrás da lei. Com efeito, se a lei involucra a norma e é o próprio direito objetivo, sendo o delito algo que pertence

algumas teses por ele desenvolvidas adquiriram caráter de irrefutáveis:

Primeiramente, a de que normas são regras jurídicas autônomas; em segundo, a de que geralmente antecedem a lei penal e têm de ser deduzidas a partir das mesmas; e, em terceiro, são indispensáveis à eficácia e ao conteúdo da dogmática do Direito penal.<sup>179</sup>

Acrescente-se, ainda, outra herança deixada por BINDING. O penalista alemão, quando do estudo envolvendo a estrutura das normas e leis penais, notou a existência de leis incompletas, imperfeitas. Comparou-as a corpos errantes a procura de sua alma e denominou-as “*Blankettstrafgesetzen*”, cuja tradução literal é “leis penais em branco”.

## 2.2. (A TENTATIVA DE UM) CONCEITO DE LEIS PENAIS EM BRANCO

Recomenda-se que o estudo da lei penal em branco se inicie com a elaboração conceitual desta técnica legislativa. Esta simples – e óbvia – recomendação, porém, traz à tona a razão do tema ser constantemente deixado à margem dos estudos penais: a doutrina não se pacifica em torno sequer do conceito das leis penais em branco, que dirá dos espinhosos desdobramentos que delas provém.

A definição tradicional das leis penais em branco como aquelas que atrelam a sua ameaça de pena a uma conduta delimitada tipicamente (total ou parcialmente) por outras fontes do Direito não resulta convincente na sua função de delimitação temática e tampouco nas suas consequências temáticas.<sup>180</sup>

---

ao mundo fático, antes mesmo de ser lesionado o direito que se concentra na norma, já estará arranhada a lei, que é o direito exteriorizado no mundo da realidade, fora do qual não se concebe o ordenamento jurídico. Não é possível se atingir o conteúdo, se é que a norma é conteúdo da lei, sem antes ser violado o continente que o resguarda. Mesmo porque, como diz Binding, a norma está por trás da lei. Logo é preciso ultrapassar a lei para chegar na norma”. LEIRIA, Antônio José Fabrício. **Op. Cit.**, p. 18.

<sup>179</sup> SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco**, p. 37.

<sup>180</sup> SCHUNEMANN, Bernd. Las Reglas de la Técnica en Derecho Penal. In **Obras, Tomo II, Colección Autores de derecho penal**. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2009, p. 248. O autor, ao mencionar a definição tradicional de leis penais em branco, o faz com fundamento nas obras de Warda, Weidenbach, Maurach, Jescheck, dentre outros.

No intuito de (tentar) apresentar o devido conceito de lei penal em branco, impõe-se a investigação sobre a sua origem.

### 2.2.1. A Origem das Leis Penais em Branco

Karl BINDING, a quem se atribui a percepção e nomenclatura das leis penais em branco, as associa à técnica legislativa constante da Constituição do Império Alemão de 16 de abril de 1871 (*Reichsverfassung*). Ao analisar a estrutura das leis penais, BINDING notou que, embora a Constituição do Império Alemão adotasse o modelo de Federação com competência geral - ou seja, os estados individuais não dispunham de competência -, em alguns casos havia a transferência dessa competência – possibilitando-se, por exemplo, por exigência prática, que os estados federados complementassem algumas leis penais.<sup>181</sup>

BINDING, além de constatar a existência da referida técnica legislativa, apontou alguns de seus traços: as leis penais em branco caracterizam-se por ameaçar com pena a violação a proibições estabelecidas por autoridade federal, local ou outras autoridades de um “poder legislativo particular”; por permitir que o Direito Particular (ou seja, não estatal) decida quais autoridades possuem a faculdade de estabelecer proibições; por possibilitar que estas proibições se estabeleçam tempo após ter sido ditada a lei penal, motivo pelo qual as leis penais em branco permanecem como corpos errantes à busca de sua alma; por fazer depender da vontade da respectiva autoridade o que complementar a “branco” da lei, sendo que durante a vigência desta, a proibição pode variar completamente e, conseqüentemente, em decorrência de uma mesma lei penal pode ser amanhã proibido o que até então era obrigatório e amanhã ser obrigatório o que até então acarretava uma pena de prisão de até dois anos; eventualmente o que é permitido pela autoridade de um Estado pode ser proibido pela autoridade de outro, sendo assim castigado pelo Império aquele

---

<sup>181</sup> SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco**, p. 38.

que em outro lugar se considerou que não se devia castigar.<sup>182</sup>

Para BINDING, portanto, a constatação da existência de leis penais em branco tem íntima ligação com a garantia formal (ou política) do princípio da legalidade. “Se trata, pois, de um genuíno problema de hierarquia de fontes, próprio dos sistemas federados, que obriga a questionar a legalidade e o alcance de certas autorizações a órgãos de instância inferior”.<sup>183</sup>

Mas não só. BINDING também ressaltou o caráter de flexibilidade das leis penais em branco, questionando-as face às garantias materiais do princípio da legalidade – *lex certa*, *lex scripta*, *lex stricta* e *lex praevia*.

Neste particular, Binding apresentava uma maior preocupação com os problemas referentes ao princípio da legalidade, o que se pode observar já em sua afirmação de que “as leis penais devem dizer aos membros do povo (...) não só o que é proibido e o que não é, senão ao mesmo tempo, também, qual pena eles devem esperar no caso de uma conduta criminosa (...), quer seja para intimidá-los (...), adverti-los ou informá-los sobre isso”; sendo assim, a cominação penal pressupõe em princípio uma norma que parte do próprio Império.<sup>184</sup>

Posteriormente, o conceito de lei penal em branco sofreu um significativo incremento (ou deturpação?) com a contribuição de Edmund MEZGER, na obra *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch*, datada de 1951.

MEZGER centra a sua teoria nos tipos penais (teoria do tipo). Assim, elabora a diferenciação entre tipos fechados (completos, nos quais constam todos os elementos do respectivo fato punível) e tipos que necessitam de complementação (distinta da chamada complementação valorativa, exigida por quase todos os tipos), tendo inserido nestes últimos a modalidade de lei penal em branco (chamada por MEZGER de “tipo penal em branco”).

Assim, se em BINDING o complemento da lei penal em branco se encontrava em instância inferior, a partir de MEZGER somou-se duas outras

<sup>182</sup> BINDING, Karl. Die Normen und ihre Übertretung, tomo I, 3ª ed., Leipzig, 1916, p. 162, apud PAIS, Antonio Doval. **Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 96.

<sup>183</sup> Tradução livre: “Se trata, pues, de un genuíno problema de jerarquía de fuentes, propio de los sistemas federales, que obliga a cuestionar la legalidad y alcance de ciertas autorizaciones a órganos de rango inferior.” GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Op. Cit.**, p. 348.

<sup>184</sup> SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco**, p. 42.

possibilidades: o complemento da lei penal em branco estar contido na mesma lei ou em lei distinta, mas proveniente de instância legislativa idêntica.<sup>185</sup>

Mezger classifica as leis (tipos) em branco, distinguindo-as entre próprias e impróprias. A lei penal em branco imprópria é aquela que confia a complementação de seu preceito a outra disposição contida na mesma ou em outra lei ‘emanada da mesma instância legislativa’; as próprias, ao contrário, são aquelas que permitem ser complementadas por disposição ‘emanada de outra instância legislativa’, é dizer, de uma instância legislativa de hierarquia inferior à da lei formal.<sup>186</sup>

MEZGER, portanto, foi quem ampliou o conceito de lei penal em branco e, ademais, classificou-a em lei penal em branco imprópria (ou em sentido amplo) e própria (ou em sentido estrito). Feita tal distinção, chega a apontar que jurídico-penalmente referida técnica legislativa carece de significado pois, vez ser o tipo penal o foco de sua teoria, o “tipo complementado” cumpre precisamente a mesma função do tipo que dispensa complemento.<sup>187</sup>

Para MEZGER, então, o decisivo é que o tipo seja suficientemente complementado, não sendo de relevância significativa a quem se confie a função de fazê-lo.<sup>188</sup>

É possível dizer, então, que o ponto comum entre a lei penal em branco de BINDING e de MEZGER é o fato desta necessitar de complementação. E é certo dizer, também, que ainda hoje continua sendo esta incompletude da lei penal o ponto pacífico entre os doutrinadores. A partir daí, há desacordo de qual seria, exatamente, o conceito de lei penal em branco.

## 2.2.2 Entendimento Doutrinário

<sup>185</sup> GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Op. Cit.**, p. 361.

<sup>186</sup> Tradução livre: “Mezger clasifica las leyes (tipos) en blanco, distinguiéndolas en propias e improprias. La ley en blanco impropia es aquella que confia la complementación de su precepto a otra disposición contenida en ella misma o otra ley, “emanada de la misma instancia legislativa”; las propias, en cambio, son las que abandonan la facultad de completarlas a una disposición “emanada de otra instancia legislativa”, es decir, de una instancia legislativa de jerarquia inferior a la de la ley formal.” CURY, Enrique. **La ley penal en blanco**. Bogotá-Colômbia: Temis, 1988, p. 27.

<sup>187</sup> BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal económico**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p.

54.

<sup>188</sup> CURY, Enrique. **Op. Cit.**, p. 28.

Na doutrina nacional e estrangeira tem-se sustentado, a partir de então, três posições diferenciadas sobre o conceito de lei penal em branco: uma posição extensiva, uma restritiva e uma terceira, intermediária.

Há a corrente doutrinária que adota a posição extensiva e defende que a nomenclatura “lei penal em branco” se aproxima dos conceitos de MEZGER, ou seja, tem de ser ampla<sup>189</sup>, admitindo a distinção entre leis penais próprias e impróprias.

Nesse caso, inclui-se nessa categoria *sui generi* de lei incompleta todos aqueles casos em que a disposição penal não contempla os pressupostos do fato, inclusive se o complemento necessário se encontra em outro preceito da própria lei.<sup>190</sup>

Por outro lado, a corrente partidária da posição restritiva do conceito de lei penal em branco aproxima-se, de certa forma, do conceito originário de BINDING. Defende que lei penal em branco é tão somente aquela que remete a complementação à instância normativa inferior.<sup>191</sup>

O essencial é que define esta categoria não é a ausência ou a falta de especificação do pressuposto do fato na mesma, mas a determinação deste mediante uma remissão a instância normativa de nível inferior, de nível regulamentador. Não importa, pois, a natureza penal ou extrapenal da disposição a que a lei incompleta se remete, mas a hierarquia ou nível normativo daquela, inferior ao da lei em sentido formal, por seu caráter regulamentador.<sup>192</sup>

Por fim, uma terceira corrente, intermediária, que defende que o conceito de lei penal em branco abarca todos os casos em que o complemento

<sup>189</sup> Nesse sentido, García-Pablos de Molina, Santiago Mir Puig, Muñoz Conde, Enrique Cury, Pablo Rodrigo Alflen da Silva, Damásio de Jesus, Luiz Regis Prado, Dulce María Santana Vega, dentre outros.

<sup>190</sup> GARCIA PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Op. Cit.**, p. 366.

<sup>191</sup> Nesse sentido, Bustos Ramírez, Cobo del Rosal.

<sup>192</sup> Tradução livre: “Lo esencial y definitorio de esta categoría no es la ausencia o falta de especificación en la misma de su presupuesto de hecho, sino la determinación de éste mediante una remisión a instancia normativa de rango inferior, de rango reglamentario. No importa, pues, la naturaleza penal o extrapenal de la disposición a la que la ley incompleta se remite, sino la jerarquía o rango normativo de aquélla, inferior por su carácter reglamentario al de la ley en sentido formal.” GARCIA PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Op. Cit.**, p. 367.

necessário se encontra fora da lei penal, independente do nível hierárquico de onde provém o complemento. Lei penal em branco é toda lei cujo pressuposto se acha consignado fora da própria lei, independente se o nível normativo da lei que o complementa seja ou não inferior a da lei formal.<sup>193</sup>

A doutrina que compartilha do conceito intermediário, o faz com base em dois principais fundamentos: por aduzir que o fato do complemento advir de lei ou de regulamento é puramente circunstancial, motivo pelo qual não faria sentido afirmar que somente a segunda é lei penal em branco; e, ainda, por considerar que problemas relativos ao erro de proibição e retroatividade da lei penal mais favorável, por exemplo, que advém também da lei penal complementada por outra lei, merecem o mesmo tratamento das leis penais em branco em sentido restrito.<sup>194</sup>

Antonio GARCIA PABLOS DE MOLINA<sup>195</sup> crê que a razão de tais divergências doutrinárias reside no interesse de cada autor em enfatizar problemáticas geradas pela complementação das leis penais em branco. Aqueles que adotam um conceito restrito e reservam a denominação de leis penais em branco para o caso em que há complementação por instância normativa inferior, o fazem pretendendo enfatizar o aspecto conflitivo decorrente de *garantias políticas*, especialmente nos casos em que órgãos administrativos podem interferir no estabelecimento da matéria de proibição penal, mesmo diante da vedação decorrente do princípio da reserva legal.

Por outro lado, os autores que propõem um conceito mais amplo, procuram abarcar, assim, problemas que também estão presentes nas modalidades de complementação que um conceito restrito excluiria, como os relativos ao tratamento do erro e da retroatividade ou irretroatividade da lei penal.

Compreensível que exista preocupação em torno das consequências que resultam das leis ditas “incompletas”. O que não se compreende – e que nota-se ser constante na doutrina nacional e estrangeira - é que seja construí-

---

<sup>193</sup> Tradução livre: “Ley penal en blanco es toda ley penal cuyo presupuesto se halla consignado fuera de la misma ley, con independencia de que el rango normativo de la ley que la complementa sea o no inferior a la ley formal” GARCIA PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Op. Cit.**, p. 368.

<sup>194</sup> **Idem**, p. 369.

<sup>195</sup> PAIS, Antonio Doval. **Op. Cit.**, p. 101.



do um conceito de lei penal em branco, considerando não a técnica legislativa em si, mas justamente referida preocupação.

Há que se definir, preliminarmente, o que é e o que não é lei penal em branco. Realizada satisfatoriamente a delimitação do que seria tal técnica legislativa, há que se analisar suas consequências jurídicas.

A doutrina – sem incorrer no erro da generalização – parece fazer o oposto: se depara com os desdobramentos jurídicos advindos de leis penais incompletas e, no intuito de não ignorar possíveis “problemas”, classifica-as automaticamente como leis penais em branco (como se a simples denominação facilitasse a crítica e o apontamento de soluções).

A situação não é muito distinta no que diz respeito à jurisprudência.

### 2.2.3. Entendimento Jurisprudencial

Antes de iniciar a abordagem do assunto anunciado neste tópico, importam duas ressalvas. A primeira é que a jurisprudência – ao menos no Brasil – não possui discussão aprofundada sobre o tema das leis penais em branco. Não houve, ainda, profunda reflexão acerca do real conceito desta técnica legislativa, concentrando-se as discussões em torno de problemas concretos e pontuais, dentre os quais se destaca, por exemplo, a possibilidade de retroatividade ou ultratividade de seu complemento.

A segunda é que não há, aqui, pretensão de se esgotar pesquisa jurisprudencial sobre o assunto, mas tão somente demonstrar que, assim como a doutrina, a jurisprudência ainda se encontra oscilando entre diversos conceitos de leis penais em branco, sem de fato se debruçar sobre o tema.

No intuito de cumprir tal missão, então, registre-se que o julgado mais antigo encontrado no Supremo Tribunal Federal e que versa sobre leis penais em branco, data de maio de 1953. O Habeas Corpus nº 32.460<sup>196</sup> discute justamente a possibilidade de aplicação da retroatividade *in mellius* para o caso do complemento das leis penais em branco.

Uma vez que o tema da retroatividade será discutido em momento

---

<sup>196</sup> Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 32.460/São Paulo, Rel. Min. Rocha Lagoa, DJU 20/05/1953. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br).

oportuno, convém destacar que a importância desse julgado no que diz respeito ao conceito de leis penais em branco é o reconhecimento de que pode o ato complementar advir de instâncias inferiores e não legislativas, pois no caso concreto a lei penal foi complementada por tabelas que regulavam preços de carne bovina, expedidas por autoridades administrativas.<sup>197</sup>

Já no Inquérito nº 1.915-1<sup>198</sup>, também do Supremo Tribunal Federal, de proveniência do Rio Grande do Sul, relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence e datado de agosto de 2004, o tratamento das leis penais em branco é diverso.

Trata-se de *notitia criminis* apresentada em face dos ex-prefeitos de Porto Alegre Tarso Genro e Raul Pont. A acusação fundamenta-se em crime de responsabilidade pois, no exercício político de ambos os acusados, o município de Porto Alegre teria recebido índice de investimento em educação inferior a 30%, o que contrariaria ditames das normas financeiras municipais.

Ao que interessa ao conceito de lei penal em branco aqui visado, aduziu o julgado que:

Como é sabido, a norma penal em branco, como é o inciso V do art. 1º do Decreto-lei nº 201/67, tem a descrição da conduta típica formada a partir da descrição normativa do tipo penal em branco acrescida da regulação efetivada por outro diploma legislativo (...). Em atenção ao princípio da legalidade, e da própria reserva legal, não há como admitir a materialização do injusto típico se, ao tempo da conduta, não havia norma municipal a ser vulnerada.<sup>199</sup>

Note-se que, no caso do referido julgado, lei penal em branco foi conceituada como aquela que é complementada por outro diploma legislativo. E, em seguida, admitiu-se a possibilidade de complementação por instância legislativa inferior, como é o caso das leis municipais.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, através do julgamento

---

<sup>197</sup> No mesmo sentido de se admitir complementação por atos não legislativos, o Habeas Corpus nº 73168-6, do Supremo Tribunal Federal, datado de novembro de 1995 e relatado pelo Ministro Moreira Alves.

<sup>198</sup> Supremo Tribunal Federal, Inquérito nº 1.915-1/Rio Grande do Sul, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 28/10/2004. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br).

<sup>199</sup> Supremo Tribunal Federal, Inquérito nº 1.915-1/Rio Grande do Sul, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 28/10/2004. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br).

do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 9.834<sup>200</sup>, relatado pelo Ministro Felix Fischer em junho de 2001, enfrenta de modo (um pouco) mais direto a exigência da complementação advir de lei formal, pois é justamente essa a arguição da defesa.

Consta do voto do Relator:

Alega-se que a complementação da norma penal, no caso, foi efetuada mediante portaria do Ministério da Infra-estrutura (Portaria nº 726/90), quando deveria ter sido, necessariamente, por lei formal, tendo em vista que na parte final do inciso I acima transcrito há a expressão “na forma da lei”.

Normas penais em branco, na definição de HELENO CLÁUDIO FRAGOSO (Lições de Direito Penal – A Nova Parte Geral, Forense, 7ª edição, 1985, p. 76), são “aquelas em que se apresenta incompleta a descrição da conduta incriminada, ou seja, aquelas em que o tipo deve ser completado por outra disposição legal, já existente ou futura.”

As normas penais em branco, portanto, são as que têm o tipo incompleto. A descrição das elementares do crime tem de ser complementada por outra disposição legal, já existente ou futura. A enumeração do tipo mantém deliberadamente uma lacuna, que outro dispositivo legal virá integrar.<sup>201</sup>

Muito embora, quando da conceituação das leis penais em branco, o Ministro Relator refira à complementação “por outra disposição legal”, em seguida passa a diferenciar leis penais de complementação homóloga (ou sentido amplo) e heteróloga (ou sentido estrito), sendo que as primeiras ainda são subdivididas em homovitelina e heterovitelina.

As homólogas homovitelinas têm, segundo o Superior Tribunal de Justiça, suas respectivas normas complementadoras oriundas do mesmo ramo do direito da lei principal (ou seja, do direito penal). As homólogas heterovitelinhas buscam seu complemento em ramos distintos do direito, como no caso de leis de direito comercial, ambiental.

Finalmente, as heterólogas são aquelas cuja complementação advém, por exemplo, de portarias, regulamentos, resoluções, etc.

---

<sup>200</sup> Superior Tribunal de Justiça, Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 9.834/São Paulo, Rel. Min. Felix Fischer, DJU 04/06/2001. Disponível em [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br).

<sup>201</sup> Superior Tribunal de Justiça, Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 9.834/São Paulo, Rel. Min. Felix Fischer, DJU 04/06/2001. Disponível em [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br).

Em outras palavras, o Superior Tribunal de Justiça adota expressamente o conceito amplo de leis penais em branco (herança de MEZGER), enquanto o Supremo Tribunal Federal não se posiciona expressamente, admitindo, porém, complementação realizada por instância legislativa inferior (como é o caso de leis municipais) e não legislativas (atos da administração).

As divergências sobre o conceito de leis penais em branco não se restringem à jurisprudência brasileira. Registre-se, por exemplo, a sentença do Tribunal Constitucional espanhol nº 127/1990<sup>202</sup> - um dos Tribunais que mais se aprofundou no tema e cuja discussão guarda similitude às discussões travadas no Brasil -, muito referida pela doutrina quando do tratamento das leis penais em branco.

Em tal decisão, o Tribunal Constitucional Espanhol designou que o princípio da legalidade – tanto no que tange ao caráter formal, quanto às garantias materiais – admite a incorporação de leis penais em branco, que são “normas penais incompletas nas quais a conduta ou a consequência jurídico-penal não se encontram completamente previstas, devendo acudir-se em norma distinta para a sua integração.”<sup>203</sup>

No que refere à natureza dessa “norma distinta”, é possível afirmar que o Tribunal Constitucional Espanhol aceita como complementadoras as normas administrativas, vez que o caso concreto julgado versava sobre normas administrativas ambientais. Nada menciona, porém, sobre a possibilidade da complementação advir ou não da mesma lei penal, ou de lei diversa de mesma hierarquia, não sendo possível depreender se tal Tribunal adota um conceito mais amplo ou mais restrito de leis penais em branco.

Em decisão de 24 de fevereiro de 2004, o Tribunal Constitucional Espanhol (através do Pleno)<sup>204</sup>, admitiu expressamente a possibilidade de re-

---

<sup>202</sup> Sentencia Tribunal Constitucional, nº 127, de 5 de julho de 1990, Presidente D. Fernando García-Mon y González-Reguer. Disponível em [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es).

<sup>203</sup> Tradução livre: “normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico penal no se encuentre agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudirse para su integración a otra norma distinta”. É certo que esta decisão do Tribunal Constitucional vai além – e aí reside seu reconhecimento doutrinário - e estabelece requisitos para que a lei penal em branco possa ser considerada compatível com o princípio da legalidade, o que será tratado em momento oportuno.

<sup>204</sup> Sentencia Tribunal Constitucional, nº 24, de 24 de fevereiro de 2004, Presidente D. Elisa Pérez Vera. Disponível em [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es).

missão a leis extrapenais ou normas administrativas. “Se bem conforme a doutrina deste Tribunal, a reserva de Lei em matérias penal não exclui a possibilidade de que seus termos se complementem com o disposto em Leis extrapenais e regulamentos administrativos”.<sup>205</sup>

Igualmente, na decisão nº 283/2006<sup>206</sup>, proferida em 09 de outubro de 2006, o Tribunal Constitucional Espanhol, analisando arguição da defesa acerca de suposta violação ao princípio da legalidade, consignou: “como reiteradamente temos afirmado, ‘a reserva de Lei que vige para as disposições penais não exclui a possibilidade de que estas tenham remissões a regulamentos administrativos’”.<sup>207</sup>

A verdade é que a jurisprudência, até o presente momento, não se preocupou sobremaneira em fechar um conceito de lei penal em branco. Antes disso, trata de questões pontuais, como é o caso da retroatividade ou ultratividade do complemento e da compatibilidade com o princípio da legalidade.

É possível que a falha aqui resida. Não se está a menosprezar a importância das questões aparentemente solucionadas pela jurisprudência, mesmo porque essenciais. Parece, porém, que se se estabelecesse expressamente – e de modo fundamentado e delimitado – o conceito de lei penal em branco, se poderia construir discussões mais abalizadas a respeito da mesma.

Um caminho que parece adequado – e que aqui se começa a trilhar – é delimitar a lei penal em branco a partir, a um, de seus fundamentos, a dois, de suas características peculiares (assim como de suas remissões) e, a três, da distinção com demais institutos que a ela se assemelham.

Independente do resultado – conceito reduzido, amplo, intermediário ou mesmo um conceito distinto -, este terá cumprido a missão de efetuar a conceituação da lei penal em branco através de suas próprias individualiza-

<sup>205</sup> Tradução livre: “Si bien conforme a la doctrina de este Tribunal, la reserva de Ley en materia penal no excluye la posibilidad de que sus términos se complementen con lo dispuesto en Leyes extrapenales y reglamentos administrativos”. Sentencia Tribunal Constitucional, nº 24, de 24 de fevereiro de 2004, Presidente D. Elisa Pérez Vera. Disponível em [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es).

<sup>206</sup> Sentencia Tribunal Constitucional, nº 283, de 09 de outubro de 2006, Presidente Javier Delgado Barrio. Disponível em [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es).

<sup>207</sup> Tradução livre: “Como reiteradamente hemos afirmado, <<la reserva de Ley que rige para las disposiciones penales no excluye la posibilidad de que éstas tengan remisiones a los reglamentos administrativos>>”. Sentencia Tribunal Constitucional, nº 283, de 09 de outubro de 2006, Presidente Javier Delgado Barrio. Disponível em [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es).

ções, diferente do que tem ocorrido na doutrina e na jurisprudência.

### 2.3. FUNDAMENTOS DAS LEIS PENAIS EM BRANCO

Se para delimitar o que, de fato, é lei penal em branco importa a análise de sua origem, do mesmo modo se revela necessário o estudo acerca de seus fundamentos. Parece sensato que, se evidenciada a função das leis penais em branco como técnica legislativa, as leis que não intentem o cumprimento de referida função sejam classificadas como qualquer outro instituto, exceto como lei penal em branco.

A existência de uma lei penal peculiar, a qual foi denominada, por BINDING, “lei penal em branco”, foi constatada em 1872. Já na época tal lei contava com uma razão de existência: a concessão, no Império Alemão, de autorização de um órgão legislativo superior para que houvesse complementação de sua prolação legislativa por “norma” de nível inferior.

Diante da importância do princípio da legalidade para um Estado Democrático de Direito e das imposições decorrentes de sua existência (lei prévia, escrita, estrita, certa e proveniente do Poder Legislativo) há que haver razões significativas para a adoção de leis penais em branco. Quais?

#### 2.3.1. Flexibilidade e Atualização da Lei Penal

É verdade que o direito, e aqui em especial o Direito Penal, visa continuamente alcançar a sociedade. As mudanças sociais são inevitáveis e delas decorrem inovações tecnológicas, científicas, econômicas. Sendo inovações para a sociedade, são, também, para o direito, que, então, movimenta-se a fim de não ser ultrapassado em sua missão reguladora.

Há setores da vida social, porém, que por sua natureza dinâmica (e por ser fortemente condicionados por circunstâncias histórico-sociais concretas) exigem leis penais de conteúdo mais flexível, por ser o único meio do direito (penal) poder, efetivamente, atuar. Nesses casos, independente do “esforço” realizado pelo legislador, parece inevitável que as leis penais sejam promulga-

das e fadadas a obsolência, quase simultaneamente.

A atividade dinâmica e contínua de alguns setores sociais, portanto, produziria, inevitavelmente, grave – e quase imediata - deteriorização legislativa, motivo pelo qual a técnica legislativa consubstanciada nas leis penais em branco surge como única opção.

Enrique CURY<sup>208</sup> elenca duas causas com as quais a doutrina costuma justificar a permanência das leis penais em branco no ordenamento jurídico, mesmo diante de constantes críticas: a variabilidade das situações das quais depende a lesão do bem jurídico protegido pelo tipo em branco e a necessidade de se submeter a uma lei penal a infração à regulação jurídica de uma matéria complexa.

A primeira razão elencada, e considerada justificativa legítima pelo autor, parece guardar semelhança com o que aqui se expõe<sup>209</sup>. Ao relatar a variabilidade das situações das quais depende a lesão do bem jurídico tutelado, está-se falando do caráter dinâmico que caracterizam tais bens jurídicos.

A segunda razão é “menos defensável”, segundo o jurista chileno. Primeiro, por tratar-se de um abuso punitivo por parte do Estado, violando o princípio da intervenção mínima que rege o Direito Penal. Ademais, aduz que causaria um problema de valoração, pois impossível afirmar que todas as infrações à regulação jurídica de matéria complexa tenham o mesmo desvalor.

Conclui o autor, então, que parece ser mais recomendável que o legislador substitua a punição de infração a regulações através de leis penais em branco por tipos penais especialmente construídos para tanto, justificados por punirem as infrações suficientemente desvaliosas. É certo que isto exigiria do legislador uma tarefa de seleção e formulação de condutas muito mais complexa do que a exigida quando da formulação de lei penal em branco, porém, a vigência do princípio da legalidade exige o enfrentamento dessa dificuldade e a

<sup>208</sup> CURY, Enrique. **Op. Cit.**, p. 51.

<sup>209</sup> “El primero de estos argumentos es exacto. Existen, en efecto, bienes jurídicos cuya integridad depende de circunstancias coyunturales, de manera que una conducta que en cierto momento no la afecta, en otro puede lesionarla gravemente. Esto es corriente en el campo de la economía, pues allí el comportamiento correcto se relaciona estrechamente con las variaciones que se producen en situaciones inestables, cuyo control exige modificar rápidamente las regulaciones respectivas.” **Idem, Ibidem.**

submissão aos limites que impõe.<sup>210</sup>

Para CURY existe, em suma, tão somente uma justificativa para a existência das leis penais em branco: a flexibilidade exigida na regulação de alguns setores sociais. Ao autor assiste parcial razão. De fato, dos dois fundamentos por ele mencionados, o único legítimo é o que trata do caráter de flexibilidade e atualização das leis penais, proporcionado pelas leis penais em branco. Discorda-se, porém, como será demonstrado na sequência, que esta seja a única razão de existência desta técnica legislativa.

A flexibilidade e a atualização atingidas tão somente através da utilização de leis penais em branco parece ser o ponto pacífico na doutrina, no que refere às razões que justificam a sua existência.

GARCIA-PABLOS MOLINA coloca que, diante de setores dinâmicos e complexos (como é o caso do meio ambiente, do setor de genética, de energia nuclear, de ordem econômica, etc), há uma inevitável escolha: ou a permanente modificação da lei penal ou a petrificação e superação da mesma. Assim, “parece ser mais recomendável que a lei penal seja somente um ‘marco’, e se delegue a autoridades de instâncias inferiores a determinação do ‘conteúdo’ variável da mesma.”<sup>211</sup>

Claro está que a principal vantagem da norma penal em branco é a estabilidade do dispositivo principal, emanado de autoridade legislativa de maior categoria através de moroso e complicado processo. As mutações impostas em razão do tempo e do lugar se fazem por meio de atos legislativos mais simples, de fácil maneabilidade, como é o caso da alteração da tabela de preços, dependente de mero ato administrativo e não do laborioso sistema de edição da lei ordinária.<sup>212</sup>

Dulce María Santana VEGA, muito embora presente, através de uma perspectiva distinta, três fundamentos para as leis penais em branco<sup>213</sup>,

<sup>210</sup> CURY, Enrique. **Op. Cit.**, p. 53.

<sup>211</sup> Tradução livre: “Parece más recomendable que la ley penal sea solo el ‘marco’, y se delegue en autoridades o instancias inferiores la determinación del ‘contenido’ variable del mismo”. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Op. Cit.**, p. 364.

<sup>212</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 50.

<sup>213</sup> Os outros dois fundamentos trazidos por Dulce Maria Santana Vega são: de um lado, razões técnicas, tendo em vista que a complexidade que apresenta determinada classe de delitos



não deixa de apontar a flexibilidade como razão de ser desta técnica legislativa.

As leis penais em branco aparecem como uma necessidade para evitar o engessamento da regulamentação penal. A variabilidade de determinadas atividades, o ritmo da evolução social, técnico-científica ou econômica converte a regulamentação de determinados tipos penais rapidamente em obsoletas e com necessidade de constantes modificações que resultam inviáveis para o lento e custoso processo de elaboração das leis orgânicas.<sup>214</sup>

No mesmo sentido, DOVAL PAIS, que aduz que o fundamento das leis penais em branco está ligado a matérias que, por sua natureza, impõem particulares exigências para ser reguladas. São matérias que precisam de um marco flexível (...); um marco que possibilite, em suma, aludir a todos, aludindo, sem embargo, qualquer referência concreta a nenhum.<sup>215</sup>

O autor, porém, se propõe a ir além e esclarecer: quais matérias, afinal, está-se a tratar? Como a remissão proporcionada pelas leis penais em branco contribui para a necessária flexibilidade?

No que refere ao primeiro questionamento, as matérias mencionadas são as que fazem alusão a bens jurídicos cujos conceitos se compõem essencialmente de condições normativizadas. Em outras palavras, bens jurídicos

---

tornaria impossível sua precisão pelo Código Penal, o que resultaria em um incremento considerável dos tipos penais, menosprezando-se o princípio da economia legislativa. Discorda-se, motivo pelo qual tal fundamento não foi considerado legítimo para este estudo, de que o mero incremento de tipos penais seja fundamento suficiente para a adoção de leis penais em branco. O terceiro fundamento apresentado pela autora é de que as leis penais em branco aparecem como instrumento técnico necessário para superar o nível de Direito Penal exclusivamente liberal, que fora construído em torno de bens jurídicos individuais. Quanto a esse fundamento não há exatamente uma discordância. É certo que o reconhecimento de bens jurídicos coletivos (supra-individuais) impõe a utilização de leis penais em branco. Ocorre, porém, que esse não é um terceiro fundamento, mas tão somente um desdobramento do fundamento de flexibilidade e atualização da lei penal em branco. Quando se diz que a lei penal é uma necessidade para evitar a cristalização da regulação penal, tendo em vista a existência de setores sociais por demais dinâmicos e complexos, está-se a tratar, justamente, dos bens jurídicos coletivos (ordem econômica, meio ambiente, etc.). VEGA, Dulce María Santana. **Op. Cit.**, p. 17.

<sup>214</sup> Tradução livre: “Las leyes penales en blanco aparecen como una *necesidad para evitar el anquilosamiento de la regulación penal*. La variabilidad de determinadas actividades, el ritmo de la evolución social, científico-técnica o económica convierte a la regulación de determinados tipos penales rápidamente en obsoleta y precisada de constantes modificaciones que resultan inviables para el lento y costoso proceso de elaboración de las leyes orgánicas.” VEGA, Dulce María Santana. **Op. Cit.**, p. 17.

<sup>215</sup> Tradução livre: “Son materias que precisan un marco típico flexible (...); un marco que posibilite, en suma, aludir a todos ellos eludiendo, sin embargo, cualquier referencia concreta a ninguno”. PAIS, Antonio Doval. **Op. Cit.**, p. 107.

cos altamente formalizados. Tais bens jurídicos têm natureza coletiva e difusa, como é o caso, por exemplo, da ordem econômica e do meio ambiente.<sup>216</sup>

Por outra parte, os ataques aos já complexos bens jurídicos tutelados caracterizam-se por advir de muitas direções e serem realizados de distintas maneiras, impossíveis de prever quando da elaboração da lei penal, seja pelo número e variedade, seja por desconhecimento técnico (o qual será melhor tratado quando da análise do segundo fundamento das leis penais em branco).<sup>217</sup>

Em resumo, se tratam, pois, de matérias que, por seu dinamismo, por sua dependência de alterações, requerem que sua regulamentação jurídico-penal preveja um mecanismo capaz de atualizá-las de forma a acompanhar as novas situações normativas (alterações que os objetos tutelados originam) e fácticas (novas situações de ataque aos bens jurídicos). Somente assim poderia evitar-se o que se tem denominado de *fossilização* ou *petrificação* da normativa penal.<sup>218</sup>

Demonstradas quais as matérias – e os motivos - que exigem a almejada flexibilidade, impõe-se o segundo questionamento: de que modo as remissões contidas nas leis penais em branco contribuem para tanto?

Preliminarmente, dito que os bens jurídicos tutelados por leis penais em branco são “altamente formalizados”, acrescente-se que se encontram, então, estritamente vinculados a outros ramos do ordenamento jurídico, em especial, ao direito administrativo. Isso porque tais bens jurídicos são regulados e condicionados através de normas provenientes de outras esferas jurídicas.

Assim, para que os referidos bens jurídicos sejam atingidos, necessariamente há violação prévia das normas que regulam seu conteúdo. E então, se há – por qualquer razão histórica, social, econômica – mudanças nas nor-

<sup>216</sup> PAIS, Antonio Doval. **Op. Cit.**, p. 108.

<sup>217</sup> PAIS, Antonio Doval. **Op. Cit.**, p. 109.

<sup>218</sup> Tradução livre: “En resumen, se trata, pues, de materias que, por su dinamismo, por su dependencia de los cambios, requieren que su regulación jurídico-penal prevea un mecanismo capaz de actualizarla de forma acompasada a las nuevas situaciones normativas (por lo que se refiere a las alteraciones que supondrían para los objetos protegidos) y fácticas (por lo que hace a las nuevas situaciones de ataque para los bienes jurídicos). Sólo así podría evitarse en estos casos lo que se ha denominado gráficamente como la *fossilización* o *petrificación* de la normativa penal.” **Idem, Ibidem.**

mas reguladoras, há, automaticamente, variação do conteúdo do próprio bem jurídico tutelado.

Essa é a razão pela qual se faz necessário, nestes casos, o recurso de remissão normativa, única via capaz de manter a atualidade da proteção pretendida, pois somente mediante a conexão da conduta com as normas que determinam as (novas) condições da existência do bem jurídico é que se poderá proporcionar a tutela que se busca.<sup>219</sup>

Em segundo lugar, por conta do dinamismo dos bens jurídicos tutelados, as condutas potencialmente violadoras e os meios de realizá-las alteram-se e inovam-se constantemente, de modo que a sua inclusão expressa e detalhada no tipo penal exigiria sucessivas reformas. Por tal razão, a lei penal em branco reclama preceitos (pressupostos) que, através das remissões, fiquem abertos a muitas possibilidades de condutas, mantendo-se atualizados mesmo na hipótese de advir uma modalidade de violação imprevisível quando da elaboração legislativa.

Pois bem, em ambos os casos (...), as estruturas em branco proporcionam um instrumento que possibilita distanciar a lei penal das circunstâncias que poderiam alterá-la com facilidade, ao mesmo tempo em que a conserva sensível às mudanças através do fio condutor que a mantém unida aos setores normativos abordados, dotando-a assim de atualidade, permanência e estabilidade.<sup>220</sup>

As leis penais em branco, portanto, permitem esta necessária flexibilidade, pois seu preceito encontra-se somente parcialmente previsto, sendo que sua complementação permite abarcar um número muito mais amplo de condutas violadoras do bem jurídico tutelado. Em suma, as leis penais em branco alcançam, pois, a flexibilidade e a constante atualização pretendidas por não especificarem todas as circunstâncias relativas às condutas proibidas.

Embora a flexibilidade e a atualização da lei penal seja, indubitavel-

<sup>219</sup> PAIS, Antonio Doval. **Op. Cit.**, p. 111.

<sup>220</sup> Tradução livre: "Pues bien, en ambos os casos (...), las estructuras en blanco proporcionan un instrumento que posibilita distanciar la ley penal de las circunstancias que podrían alterarla con facilidad, al mismo tiempo que se conserva sensible a los cambios a través del hilo conductor que la mantiene unida a los sectores normativos que los reconocen, dotándola así de actualidad, permanencia y estabilidad." **Idem**, p. 113.

mente, o primordial fundamento das leis penais em branco – tanto que o mais lembrado pela doutrina -, não se pode afirmar que seja o único.

### 2.3.2. Exigência de Conhecimento Específico e Aprofundado

Restou demonstrado que as leis penais em branco nasceram no intuito de regular matérias que possuem natureza complexa e dinâmica. Tais matérias, também conforme mencionado, são aquelas que fazem alusão a bens jurídicos coletivos, difusos e altamente formalizados. Os ataques a estes bens jurídicos são extremamente variáveis na forma e na origem, o que justifica a impossibilidade de previsão quando da elaboração da lei penal.

Esse não é, porém, o único fator que, de certo modo, “paralisa” o legislador quando da elaboração de leis penais. Se a variedade e a diversidade dos ataques ao objeto de tutela o fazem, também a ausência de conhecimento específico acerca dos complexos bens jurídicos há de ser considerada.

Veja-se.

A sociedade moderna – especialmente no hemisfério ocidental - é delineada pelo modelo econômico capitalista e, também, pelo modo de produção de bens e serviços herdado da Revolução Industrial, o que permite afirmar que há cerca de trezentos anos a sociedade adquiriu os primeiros evidentes contornos do seu atual retrato.

A modernidade, segundo defende Anthony GIDDENS, não seria viável se não houvesse o que ele denominou de “sistemas peritos”. “Sistemas de excelência técnica ou competência profissional que organizam grandes áreas dos ambientes material e social em que vivemos hoje”.<sup>221</sup>

De regra, o discurso sociológico acerca dos “sistemas peritos” vem à tona no Direito Penal para tratar dos crimes culposos e dos crimes de perigo.<sup>222</sup> O fundamento para tanto é a construção das relações de confiança que se tra-

---

<sup>221</sup> GIDDENS, Anthony. **As Consequências da Modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991, p. 35.

<sup>222</sup> Vide, por exemplo, o artigo de Fábio André Guaragni, “A Função do Direito Penal e os “Sistemas Peritos””, disponível na obra **Crimes contra a Ordem Econômica: temas atuais de processo e direito penal**. Coord. Luiz Antônio Câmara e Fábio André Guaragni. Curitiba: Juruá, 2011.

vam entre homens e objetos (sínteses dos sistemas peritos), permitindo o desencaixe temporal-especial e, indo além, a própria vida na modernidade.<sup>223</sup> Porém, crê-se que os sistemas peritos também contam com íntima ligação aos fundamentos de existência das leis penais em branco.

Os sistemas peritos são, então, sistemas de excelência técnica que geram relações de confiança, na qual o homem consome bens e utiliza serviços confiando em um conjunto de conhecimentos técnicos. Parece pertinente questionar o porquê se constrói tal relação de confiança. E parece, também, ser óbvia a resposta: por necessidade.

O conhecimento em uma sociedade moderna – e nas matérias complexas e dinâmicas tratadas pelas leis em branco essa assertiva grita – é absolutamente verticalizado. Enquanto um indivíduo passa a vida estudando tão somente o desenvolvimento de embalagens que possibilitem aumentar a vida útil de um alimento, outro passa todos os seus anos dedicado apenas ao desenvolvimento de uma tecnologia que será utilizada em um telefone celular; enquanto um sujeito se entrega aos estudos tão somente sobre a cura de um tipo específico de câncer, outro conhece cada dia mais sobre uma peça essencial à decolagem de um avião.

Implica reconhecer: ou o homem confia nos sistemas de excelência técnica e/ou competência profissional e consome os produtos condicionados em embalagem longa-vida, anda de avião e metrô, utiliza o telefone celular, aceita entrar em um elevador, ingere remédios quando doente, dentre outros muitos e cotidianos exemplos, ou não confia e passa a viver tão somente de bens e serviços sobre os quais ou domina o conhecimento ou conheça e confie em quem o faça.

---

<sup>223</sup> GUARAGNI recorre a um exemplo simples e ilustrativo: uma embalagem longa-vida de leite. “Não estive no local em que foi produzida a embalagem: tampouco presenciei o momento em que foi produzida. Ausente do local e alheio ao modo de produção, nada testemunhei acerca da fabricação. Desconheço a técnica, quem fez, como e quando. Tampouco entendo da engenharia empenhada no processo fabril da embalagem. Porém, consumo o leite nela embalado, há semanas, confiando na capacidade que possui de preservar um alimento altamente perecível e cujo consumo, caso arruinado, pode gerar-me grave consequência para a saúde. Consumo porque confio não em quem fez (não sei quem foi), mas no conjunto de conhecimentos que o processo fabril sintetiza. Firma-se uma curiosa relação de confiança não entre homem e homem, mas entre homem e objeto. Para o objeto converge todo um caudal de conhecimentos técnicos no qual tenho fé.” GUARAGNI, Fábio André. **A Função do Direito Penal e os “Sistemas Peritos”**, p. 79.

Pela absoluta impossibilidade do indivíduo conhecer (superficialmente, que dirá de modo aprofundado) todas as matérias (cada vez mais dinâmicas e complexas), ele confia nos sistemas peritos referidos por GIDDENS.

Resta evidente: da mesma absoluta impossibilidade de conhecimento específico e aprofundado sobre matérias dinâmicas e complexas, sofre o legislador. E, então, ele confia às instâncias inferiores (detentoras do conhecimento que a ele falta) a possibilidade de complementar as leis penais em branco.

No Brasil não faltam exemplos – especialmente quando da tutela de bens jurídicos coletivos - que confirmem a constatação. Pegue-se o art. 7<sup>a</sup>, inc. II, da Lei nº 8.137/90. O tipo penal estabelece: “constituem crimes contra as relações de consumo.” A seguir, enumera nove hipóteses, dentre as quais o inc. II: “vender ou expor à venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial”.

O legislador prevê, então, a conduta criminosa de vender ou expor a venda mercadoria e remete às prescrições administrativas a possibilidade de estabelecer a embalagem, tipo, especificação, peso e composição adequados. O faz, é certo, no intuito de flexibilizar a lei penal e mantê-la atualizada mesmo frente ao dinamismo do setor, mas não somente. O faz por lhe faltar conhecimento técnico específico e aprofundado sobre o tema.

“E – de fato – é melhor que a norma penal possa contar com a presença dos técnicos, seja para atingir as condutas que, verdadeiramente, são geradoras de riscos para os bens de proteção, seja para evitar sejam atingidos comportamento inócuos. Diminui-se o risco do erro com a presença do especialista”<sup>224</sup>. Este é, então, também um fundamento de existência das leis penais em branco.

---

<sup>224</sup> GUARAGNI, Fábio André. **Norma penal em branco, tipos abertos, elementos normativos do tipo e remissões a atos concretos de autorização administrativa: o panorama político-criminal comum, distinções e repercussões relativas ao princípio da reserva legal**. Trabalho inédito. Curitiba, 2012.

## 2.4. CARACTERÍSTICAS E DELIMITAÇÕES DAS LEIS PENAIS EM BRANCO

As leis penais em branco são chamadas a satisfazer os fundamentos que justificam a sua existência: atribuir flexibilidade e capacidade de atualização à lei penal, e possibilitar a elaboração de parte da proibição por quem possui conhecimento específico e aprofundado sobre a matéria a ser regulada.

Há, então, algumas características essenciais às leis penais em branco, no que tange ao cumprimento de suas funções, visto que não é toda e qualquer lei penal “incompleta” e que realiza uma “remissão” que faz jus a essa denominação. É o que se passa a demonstrar.

### 2.4.1. Leis Penais em Branco como Tipificadoras de Delitos

Preliminarmente, vale um esclarecimento aparentemente óbvio. Somente podem ser designadas como leis penais em branco aquelas cuja função é a tipificação de delitos.<sup>225</sup>

Desse modo, restam excluídas as leis da parte geral do Código Penal, assim como os dispositivos da parte especial ou de leis penais esparsas que objetivam regular questões pertencentes à parte geral.

Quando da análise das razões de existência das leis penais em branco, fica fácil compreender o motivo destas se restringirem às que tipificam delitos: é quando se faz presente a necessidade de flexibilização e atualização no intuito de tutelar bens jurídicos coletivos, além da necessidade do legislador recorrer a quem detenha o conhecimento específico e aprofundado que as matérias complexas tuteladas exigem.

### 2.4.2. Remissão do Preceito (Pressuposto)

A lei penal, ainda seguindo a divisão proposta por BINDING, divide-se em preceito (também chamado pressuposto) e em consequência jurídica (ou

---

<sup>225</sup> CURY, Enrique. **Op. Cit.**, p. 48.

sanção). A doutrina costuma afirmar que, quando a lei penal prevê a sanção e remete parte do preceito à complementação, chama-se lei penal em branco. Quando, ao contrário, prevê o preceito e remete a sanção para que seja complementada, é chamada lei penal em branco ao revés<sup>226</sup>.

Muito embora a doutrina denomine, então, ambas de “lei penal em branco” (diferenciando-as tão somente pela nomenclatura “ao revés”), é fácil notar que tão somente quando a remissão se refere a elemento constituinte do preceito da lei é que esta, de fato, cumpre seus fundamentos propostos.

As leis penais em branco ao revés – se é que podem assim ser denominadas – parecem ser espécie de técnica legislativa que atende ao princípio da economia legislativa. Não há como afirmar que uma lei penal, ao remeter tão somente a sanção à instância de hierarquia inferior, cumprirá a função de flexibilização e atualização da lei, nem tampouco possibilitará que o complemento advenha de quem possui domínio de conhecimento sobre a matéria.

Pelos fundamentos materiais do *nulla poena*, deve ter-se em conta, em primeiro lugar, que não existe um motivo prático para justificar a renúncia do legislador a estabelecer por si mesmo a pena que corresponde a cada fato punível. (...) Os limites da pena cominada podem ser estabelecidos pelo legislador de modo a habilitar os tribunais a exercer modificações que eventualmente exija a valoração social das condutas incriminadas, conservando incólume, de todo modo, a garantia de que em nenhum caso a sanção à qual está exposto o cidadão poderá ultrapassar certas margens ou adotar modalidades imprevisíveis.<sup>227</sup>

<sup>226</sup> Tal denominação é usualmente atribuída a Jiménez de Asúa. Este mencionou o exemplo indicado por Grispiñi e constante do art. 4º da lei sobre “fontes do direito”, de 7 de junho de 1929, em que se pune o atentado aos chefes dos Estados e aos chefes do Governo de Estados estrangeiros, com a mesma pena com a qual seria apenado, se o fato fosse cometido no território do Estado ao qual pertence a pessoa contra a qual se dirige o fato. Note-se que nesse dispositivo a parte “em branco” não é o preceito, mas justamente a sanção. Não obstante, o próprio Jiménez de Asúa tem descartado a lei penal em branco ao revés como uma modalidade de lei penal em branco, pois a única semelhança é o fato de ser realizada uma remissão, não contando, porém, a lei penal em branco ao revés com as demais características próprias das leis penais em branco. SILVA, Pablo Rodrigo Alfien da. **Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco**, p. 71.

<sup>227</sup> Tradução livre: “Por lo que se refiere a los fundamentos materiales del *nulla poena*, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que no existe un motivo práctico para justificar la renuncia del legislador a precisar por si mismo el castigo que corresponde a cada hecho punible.(...) Los límites de la pena amenazada pueden ser establecidos por el legislador en forma de habilitar a los tribunales para hacerse cargo de las modificaciones que eventualmente experimente la valoración social de las conductas incriminadas, conservando incólume, de todas maneras, la



Assim, os fundamentos que justificam a existência das leis penais em branco simplesmente não cabem para as leis penais em branco ao revés. Enquanto estas visam – e não parece haver outra razão – à economia legislativa, as leis penais em branco só possuem economia legislativa como possível consequência, mas jamais como fundamento.

As leis penais em branco se caracterizam, portanto, por prever a consequência jurídica (sanção) e parte do preceito, sendo que é este o objeto que será complementado pela técnica legislativa de remissão. Mas esta afirmação não basta. Indispensável aduzir que apenas parte do preceito é que deve ser remetido, e não o preceito como um todo.<sup>228</sup>

O legislador, quando da elaboração da lei penal em branco, deve descrever a ação ou a omissão proibida de modo mais preciso e detalhado possível, de modo que a “liberdade” e a “discricionariedade” da instância que realizará o complemento serão as mais reduzidas possíveis. A complementação, em verdade, deve se reduzir tão somente - ressalte-se uma vez mais – aos fundamentos das leis penais em branco. Leia-se: apenas aquilo que exigir conhecimento específico faltante ao legislador e que possibilite, de fato, flexibilização e atualização da lei, é que pode ser objeto da complementação.

Da lei penal é que nasce tanto a sanção, quanto a configuração do ilícito punível, pois além da consequência jurídica há ali um mandamento indissolúvel: o da observância do elemento integrador da lei.

---

garantia de que en ningún caso la sanción a la cual está expuesto el ciudadano podrá sobrepasar ciertos márgenes o adoptar modalidades imprevisibles.” CURY, Enrique. **Op. Cit.**, p. 44.

<sup>228</sup> Há doutrinadores, como é o caso de Neumann e Oetker, que vem estabelecendo uma classificação de leis penais em branco entre gerais e especiais. As gerais seriam aquelas em que a determinação da conduta delitiva se obtém plenamente mediante uma remissão geral feita pela lei penal em branco. Sua delimitação se produz, portanto, mediante a identificação do legislador de qual será seu objeto. A típica forma adotada por esta modalidade de lei penal em branco é “quem infringir a lei penal em branco será castigado”. Já as especiais seriam aquelas que remetem tão somente parte do preceito, sendo que na própria lei penal há previsão da ação ou omissão proibida. VEGA, Dulce Maria Santana. **Op. Cit.**, p. 29. Registre-se total discordância da possibilidade de uma lei penal em branco (legítima) remeter integralmente seu preceito para complementação por parte de instância inferior.

Fica em claro, assim, a descrição particularizada do preceito, pois que este, como regra de conduta, já se contém na lei emanada dos órgãos competentes para regulamentar e definir o ilícito penal (...). Como diz SOLER, - “a lei penal em branco que defere a outro poder a fixação de determinadas condições, não é nunca uma *carta branca* outorgada a êsse poder para que assuma funções repressivas, e sim, o reconhecimento de uma faculdade meramente regulamentar”.<sup>229</sup>

Conclui-se, então, que a lei penal em branco é que aquela que prevê a consequência jurídica (sanção) e também parte de seu preceito (pressuposto), remetendo à instância inferior tão somente a possibilidade de complementação do preceito na parte em que importa o êxito de sua finalidade: flexibilização e atualização da lei penal e conhecimento específico e aprofundado sobre a mesma.

Por tal razão, discorda-se da possibilidade da lei penal em branco consistir na lei que remete o preceito integralmente para complementação, não prevendo, por exemplo, sequer o núcleo (verbo) da proibição.

Finalmente, embora parte da doutrina admita a existência das leis penais em branco ao revés – que são aquelas que prevêm o preceito e remetem a sanção para que seja complementada -, tem-se que essa é uma técnica legislativa diversa, que busca tão somente a economia legislativa, não se confundindo, portanto, com leis penais em branco propriamente ditas.

#### 2.4.2.1. Remissões Dinâmicas X Remissões Estáticas

Demonstrado que a lei penal em branco deve prever tanto a sanção, quanto a parte do preceito em que se encontra o núcleo de proibição, sendo admitido que a parte faltante seja objeto da remissão; importa analisar agora que tal remissão, segundo classificação doutrinária, pode ser dinâmica ou estática.

As remissões estáticas ocorrem nas hipóteses em que a lei penal em branco limita-se a fazer remissão ao conteúdo de regulamento já existente quando da sua promulgação, tornando-se, desta forma, fixo; ao passo que as

<sup>229</sup> MARQUES, José Frederico. **Op. Cit.**, p. 148.

remissões dinâmicas remetem ao estado atual de um regulamento exterior e às futuras modificações deste, ou seja, às suas respectivas versões.<sup>230</sup> Desde entendimento compartilha, por exemplo, Fabián BALCARCE<sup>231</sup>.

A doutrina diverge no que diz respeito a estas modalidades de remissão. Bernd SCHÜNEMANN, ao tratar especificamente de remissões a regras técnicas<sup>232</sup>, é categoricamente avesso às remissões dinâmicas, admitindo tão somente que leis penais em branco realizem tão somente remissões estáticas.

Para o autor, a remissão dinâmica a regulamentos privados, é dizer, a remissão ao conteúdo correspondente de regulamentos mutáveis no curso do tempo e de normativizações realizadas por instâncias privadas é, sem exceção, constitucionalmente inadmissível, por lesionar o mandato democrático ao ceder a instâncias sociais genuínas competências legislativas.<sup>233</sup>

Permitir aos técnicos formular as regras técnicas que são penalmente relevantes significaria, em consequência, encomendar as ovelhas ao lobo e atribuir ao titular do potencial perigo o poder de decisão sobre a medida permitida nos riscos que o

<sup>230</sup> SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco**, p. 156.

<sup>231</sup> “La remisión puede ser, además: a) *estática*: cuando se realiza a una concreta disposición extrapenal con la redacción existente en el momento de la creación de la referida disposición objeto de remisión, de tal suerte que una futura modificación de ésta carece totalmente de efectos y no altera el régimen originario de remisión; b) *dinámica*: cuando se entiende efectuada a la redacción que se halle vigente en cada momento en la instancia objeto de remisión.” BALCARCE, Fabián I. **Derecho Penal Económico – Parte General, Tomo I**. Córdoba, Argentina: Editorial Mediterranea, 2003, p. 106.

<sup>232</sup> “La remisión a las reglas técnicas podría crear *en primer lugar un tipo penal en blanco dinámico*, de manera que el contenido respectivo (sometido a cambios temporales) de las normas técnicas reconocidas en los círculos profesionales competentes complete la ley penal; un ejemplo de ello parece ofrecerlo el § 323 StGB, que castiga la infracción “de las reglas de la técnica reconocidas generalmente” que ocurra durante la ejecución de obras. Pero la remisión a las reglas técnicas puede originar también, *en segundo lugar*, un tipo penal em blanco *estático*, si la ley se refiere a una regulación técnica concretamente determinada, con el contenido vigente *en el momento de la remisión*; así, por ejemplo, el § 7, párrafo 1º, número 2ª, de la Ley sobre el Grado de Plomo en la Gasolina, que amenaza con multa como contravención el señalamiento deficiente de la calidad mínima del carburante ofrecido al usuario, remite a través del § 2ª, párrafos 1º y 3º, de la Ley sobre el Grado de Plomo en la Gasolina y del § 1 del Reglamento de Especificación de la Calidad de la Gasolina, a las “exigencias mínimas fijadas en la DIN 51.600, en la version de enero de 1976, respecto de antidetonancia, densidad, proceso de evaporación y punto final de evaporación” para carburante normal y super, habiendo sido publicada la norma DIN mencionada íntegramente en el *Boletín Legislativo Federal* como anexo 1º del Reglamento de Especificación de la Calidad de la Gasolina. SCHÜNEMANN, Bernd. **Op. Cit.**, p. 252.

<sup>233</sup> **Idem**, p. 256.

próprio cria. Por isso, o entendimento das regras técnicas como uma espécie de prática consuetudinária é errôneo ao desconsiderar que o Direito, à margem da produção estatal, somente pode ser criado mediante o consentimento de *todos* os afetados e não através de uma usurpação unilateral realizada pelo potencial causador da perturbação (...).<sup>234</sup>

Na mesma linha de raciocínio, Klaus TIEDEMANN, que aduz que a matéria de proibição tem de resultar suficientemente determinada já a partir da lei penal em branco, que estará vinculada estaticamente ao regulamento complementar. Segundo o autor, não se satisfaz essa condição quando um regulamento expressamente tomado como objeto da remissão é derogado e se edita um novo. Neste caso, o legislador deve adequar a lei em branco ao novo regulamento e remeter a este de modo expreso.<sup>235</sup>

Ambos os autores – e não isoladamente - defendem, então, que as remissões das leis penais em branco sejam de natureza estática e isso pois, segundo SCHÜNEMANN, o conteúdo a que estaria fazendo remissão a lei penal seria, desde sempre, de conhecimento do legislador. Não haveria, nesse caso, objeções à competência, vez que o regulamento só se converteria em obrigatório em virtude de sua total incorporação à vontade do legislador e, em consequência, a remissão não é outra coisa que não uma abreviatura técnico-legislativa.<sup>236</sup>

E aqui se evidencia o equívoco da exigência da natureza estática das remissões. Como demonstrado, as razões de existência das leis penais em branco passam longe de ser uma abreviatura técnico-legislativa. Se há certa economia legislativa quando de suas elaborações, é certo que é apenas uma consequência, não o objetivo precípuo. “Os envios estáticos poderiam satisfa-

---

<sup>234</sup> Tradução livre: “Permitir formular a los técnicos aquellas reglas de la técnica que son penalmente relevantes significaría, en consecuencia, encomendar las ovejas al lobo y atribuir al titular del potencial peligro el poder de decisión sobre la medida permitida en los riesgos que él mismo crea. Por ello, el entendimiento de las reglas técnicas como una especie de práctica consuetudinaria es erróneo, al no tener en cuenta que el Derecho, al margen de su producción estatal, sólo puede ser creado mediante el consenso de *todos* los afectados y no a través de una usurpación unilateral realizada por el potencial causante de la perturbación (...).” SCHÜNEMANN, Bernd. **Op. Cit.**, p. 258.

<sup>235</sup> Tiedemann, Klaus. La ley penal em blanco: concepto y cuestiones conexas. In **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 37, 2002, p. 73.

<sup>236</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **Op. Cit.**, p. 259.

zer funções de economia legislativas às quais podem servir outras remissões, mas não se adaptam às leis penais em branco.”<sup>237</sup>

Defender que as leis penais em branco são legítimas tão somente quando suas remissões forem estáticas, é afirmar que não há qualquer necessidade de existência de leis penais em branco. Ora, seus fundamentos são atribuir flexibilidade à lei penal, manter a sua atualização e permitir complementação por parte de quem possua conhecimento técnico sobre matérias complexas. Como há de se atingi-los através de remissões estáticas?

No direito comparado tem-se sustentado que as leis penais em branco somente são constitucionalmente admissíveis quando efetuam um reenvio estático, isto é, quando a lei formal se limita a fazer seu conteúdo de outra norma (extrapenal) a qual, por assim dizer, “cristaliza”, fixando-a definitivamente. (...) Se se aceita este critério, resulta difícil explicar-se que função teria a formulação de leis em branco. Pois, como bem demonstra PEDRAZZI, este recurso técnico ‘procura conferir ao direito penal...(em certos casos)...um dinamismo e flexibilidade dificilmente compatíveis com a lentidão dos procedimentos legislativos (formais)’.<sup>238</sup>

Se se exige, para legitimidade das leis penais em branco, que sejam as suas remissões estáticas, os fundamentos almejados simplesmente se perdem e, então, a justificativa para a sua existência resta amplamente comprometida.

Por tal razão, são precisamente os reenvios dinâmicos que legitimam as leis penais em branco, por ser capazes de atingir os objetivos para os quais esta técnica legislativa foi, efetivamente, formulada<sup>239</sup>. Em contrapartida,

<sup>237</sup> Tradução livre: “Los envíos estáticos podrían satisfacer funciones de economía legislativa a las que pueden servir otras remisiones, pero no se adaptan a las leyes penales en blanco.” PAIS, Antonio Doval. **Op. Cit.**, p. 121.

<sup>238</sup> Tradução livre: “En el derecho comparado se há sostenido que las leyes penales en blanco solo son admisibles constitucionalmente cuando efectúan un reenvio *estático*, esto es, cuando la ley formal se limita a hacer suyo el contenido de otra norma (extrapenal) al cual, por así decirlo, “cristaliza” fijándolo definitivamente. (...) Si se acepta este critério, resulta difícil explicarse qué objeto tendría la formulación de leyes en blanco. Pues, como bien señala PEDRAZZI, este recurso técnico “procura conferir al derecho penal...(en ciertos casos)...un dinamismo y flexibilidad dificilmente compatible con la lentitud de los procedimientos legislativos” (formales).” CURY, Enrique. **Op. Cit.**, p. 99.

<sup>239</sup> Basileu Garcia já inseria a remissão dinâmica na própria conceituação de lei penal em branco, pois estabelecia que “por vezes, a lei penal, ao conceituar a infração, reporta-se a textos

as remissões estáticas, sim, é que parecem carecer de legitimidade, vez que contam como única razão de ser a “economia legislativa” – fundamento insuficiente para que o legislador elabore lei penal sujeita a críticas por possível descumprimento das garantias formais e materiais advindos do princípio da legalidade.

#### 2.4.2.2. Instância a que se Dirige o Reenvio

Na tentativa de se conceituar lei penal em branco (tópico 2.2 do Capítulo 2), ficou demonstrado que a doutrina se encontra dividida quanto às suas disposições complementadoras: um setor adota um conceito amplo, admitindo ser lei penal em branco sempre que houver uma remissão a um corpo normativo distinto, qualquer que seja o seu nível, ou seja, é indiferente que a disposição que complementa a lei penal em branco seja de nível superior, idêntico ou inferior (podendo estar inclusive na mesma lei).

Por outro lado, há setor da doutrina que defende um conceito restrito e, nesse caso, admite ser lei penal em branco somente quando a remissão advém de instância de nível inferior.<sup>240</sup>

Em seguida, buscou-se trazer os fundamentos da lei penal em branco, a fim de justificar a existência das mesmas, mesmo diante das inúmeras (e crescentes) críticas doutrinárias no que tange à sua constitucionalidade. Constatou-se, então, que as razões de ser das leis penais em branco encontram-se na capacidade de flexibilização e atualização que as remissões atribuem às leis penais, além do legislador poder “delegar” assuntos técnicos e de significativa complexidade, àqueles que possuem maior conhecimento e capacidade de regular tais matérias.

Justamente com base nos fundamentos das leis penais em branco – e parece ser um dos poucos tópicos de maior consenso entre a doutrina, no que refere a tal técnica legislativa – é que, quando se analisou remissões de natureza estática e dinâmica, se concluiu que só faria sentido esta última. As

---

extra-penais, em vigor ou porvindouros, de cujo conteúdo ficam a depender os contornos e a própria existência da figura delituosa. Aí temos a chamada lei penal em branco (...). GARCIA, Basileu. **Op. Cit.**, p. 156.

<sup>240</sup> VEGA, Dulce Maria Santana. **Op. Cit.**, p. 35.

remissões estáticas (aquelas que fazem referência a um dispositivo já existente, o qual torna o objeto da remissão fixo) simplesmente em nada contribuem para a flexibilização e atualização da lei. Há, aparentemente, uma mera preocupação de economia legislativa, o que não é objetivo da lei penal em branco.

Da mesma forma, se impõe, ao se analisar a instância à que a lei penal em branco faz remissão (e que está intimamente ligada ao próprio conceito da lei penal em branco), se atentar, uma vez mais, aos fundamentos que justificam a razão de ser da referida técnica legislativa.

Klaus TIEDEMANN estabelece que, para a doutrina dominante, desde BINDING, a verdadeira lei penal em branco se caracteriza por exigir que a integração do preceito penal proceda de ato de uma instância distinta daquela que estabelece a cominação penal<sup>241</sup>.

Em verdade, complementando-se a assertiva de TIEDEMANN, conforme o conceito originário de BINDING não basta sequer que seja de instância diversa, mas necessariamente há de ser de instância inferior.

Diz-se, efetivamente, (...) que as possibilidades de remissão são três:

- a) A norma remete para outro preceito contido na mesma lei penal.
- b) A lei remete para outra lei distinta.
- c) A lei remete para uma disposição de grau ou nível inferior (v.g., um regulamento)

Este esquema, devido a Rodriguez Devasa, que tem desde logo a vantagem de atualizar, resumir e integrar ensinamentos primeiro devidos a Edmund Mezger, é suscetível de duas correções:

- os Autores que o apreciaram diretamente criticaram-no por não salientar devidamente que só o terceiro caso corresponde à noção técnica e rigorosa de norma penal em branco, uma vez que os dois primeiros casos mais não são do que hipóteses reveladoras da variedade de situações em que cada norma, isolada, se deve considerar incompleta, esteja-se ou não perante exemplos de tipicização indireta.<sup>242</sup>

<sup>241</sup> TIEDEMANN, Klaus. **La ley penal em blanco: concepto y cuestiones conexas**, p. 73.

<sup>242</sup> MACHADO, Miguel Pedrosa. Breve Confronto entre Normas Penais em Branco e Tipos Penais Abertos. In **Livro de Estudos Jurídicos**, nº 11. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1995, p. 147.

De fato, a instância à qual é realizada a remissão pelo legislador, quando da elaboração de lei penal em branco, tem de, necessariamente, ser inferior, pelas razões já exaustivamente expostas: esse é o conceito estrito que se originou em BINDING, mas também e principalmente, somente quando o complemento advém de instância inferior é que a lei penal em branco consegue cumprir suas missões.

Não se ignora que há leis penais peculiares cujo complemento está na mesma lei penal ou em outra lei de mesma hierarquia (Código Civil, Código Comercial, Código de Defesa do Consumidor), nem tampouco se ignora que pode haver significativas discussões acerca dessas modalidades de remissão e sua compatibilidade com o princípio da legalidade.

Porém, o que se questiona é que tais remissões sejam comparadas às leis penais em branco – caracterizadas por remissões que possibilitam, pela natureza e necessidade das matérias que regulam, a flexibilização e atualização das leis penais.

Assumir, então, que as remissões tem de advir de instâncias inferiores, porém, não é por si satisfatório. Podem tais complementos advir de leis estaduais e municipais ou tão somente de instâncias não legislativas?

Mais uma vez, a doutrina diverge. Ou, de modo mais frequente, deixa de enfrentar o tema.

Não há qualquer dúvida de que os complementos podem advir de instâncias não legislativas. É essa a conclusão, por exemplo, de Paulo Cesar BUSATO e Sandro Montes HUAPAYA, que sustentam que a lei penal em branco é “aquela que remete o estabelecimento do suposto de fato a outra instância não legislativa”.<sup>243</sup>

Os próprios fundamentos, explicitados por José Henrique PIERANGELI, parecem dar a pista que excluiria as leis estaduais e municipais do âmbito de “instância inferior”:

A principal vantagem da norma penal em branco é a estabilidade do dispositivo principal, nuclear, emanado da autoridade legislativa de maior categoria, através do moroso e complexo

---

<sup>243</sup> BUSATO, Paulo César. HUAPAYA, Sandro Montes. **Op. Cit.**, p.111.



processo parlamentar e que as mutações que se tornarem necessárias em face do decurso do tempo ou da modificação das circunstâncias socioeconômicas, são atendidas prontamente com a edição de atos administrativos mais simples e expeditos, da competência de autoridades administrativas, tais como portarias, regulamentos, etc.<sup>244</sup>

No mesmo sentido, TIEDEMANN entende que o complemento à lei penal em branco deve advir, então, a princípio, de disposições administrativas gerais, pois estas cumpririam o fundamento desta técnica legislativa, vez que “ao estabelecer um marco de proibição penal devem ter-se em conta necessidades da regulamentação e circunstâncias mutáveis no espaço e no tempo”.<sup>245</sup>

Em outra obra, TIEDEMANN aduz ainda mais expressamente que “a técnica da lei penal em branco somente se justifica com o argumento de que a *administración* é mais rápida que o legislador no momento de considerar a mudança das circunstâncias reais.”<sup>246</sup>

Parte-se do pressuposto, então, de que leis penais em branco são aquelas leis incompletas que fazem remissão à instância inferior não legislativa, pois estas são, justamente, as dotadas de capacidade de flexibilizar e atuar a lei penal, por não haver submissão ao moroso processo legislativo.

Com isso, há de se reconhecer que, de fato, as leis estaduais e municipais não estão dentre os atos que podem complementar as leis penais em branco. E não é a única razão.

É vedado no Brasil – e constitucionalmente vedado, através do art. 22, inc. I, da CRFB/88 – o tratamento legislativo pelos Estados Federados e pelos Municípios.

A única exceção encontra-se prevista no parágrafo único do art. 22, ou seja, poderão os Estados legislar nessa matéria ca-

<sup>244</sup> PIERANGELI, José Henrique. A Norma Penal em Branco e a sua Validade Temporal. In **Escritos Jurídicos-Penais**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 1999, p. 177.

<sup>245</sup> Tradução livre: “Ao establecer un marco de prohibición penal deben ser tenidas en cuenta necesidades de la regulación y circunstancias cambiantes en el espacio y en tiempo”. TIEDEMANN, Klaus. **La ley penal em blanco: concepto y custiones conexas**, p. 73.

<sup>246</sup> Tradução livre: “la técnica de la ley penal en blanco suele justificarse com el argumento de que la *administración* es más rápida que el legislador a la hora de tomar en cuenta un cambio de las circunstancias reales”. TIEDEMANN, Klaus. La técnica legislativa del Derecho penal económico. In **Derecho Penal y Nuevas Formas de Criminalidad**. Trad. Manuel Abanto Vásquez. Peru: Grijley, 2007, p. 80.

so a União edite lei complementar delegando essa atribuição. Tal deslocamento de competência, contudo, jamais houve sob a égide desta Constituição, e oxalá jamais ocorra no futuro, ao menos em matéria penal.<sup>247</sup>

O fato de a União ter competência exclusiva para legislar não garante tão somente que a promulgação de crimes advenha de lei federal. Garante, ademais, que no Brasil o que é crime em um estado federativo, é crime também nos demais. O que não é crime em um município, também não é crime nos demais.

Nesse caso, Enrique CURY afirma que, como primeiro requisito relativo à instância a que se dirige o reenvio, está, justamente, a necessidade desta abranger todo o território nacional. Este critério é válido ao menos para os Estados unitários e para aqueles que, não obstante a sua organização federal, confiam a formulação das leis penais somente ao poder legislativo central. Nestes, efetivamente, os cidadãos estão acostumados a que os mandados proibitivos atrelados a uma pena valham na totalidade do território nacional, de sorte que, onde quer que se encontrem, as proibições são as mesmas ou, ao menos, são determinadas por uma mesma autoridade legislativa com unidade de critério.<sup>248</sup>

Sendo assim, a lei surpreende de maneira inaceitável quando outorga a faculdade de atribuir o preenchimento do branco a organismos administrativos ou legislativos regionais, pois isso significa expor os cidadãos à extraordinária situação de que em certos lugares do país se considera ilícito o que em outros locais está permitido, e vice versa.<sup>249</sup>

<sup>247</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Op. Cit.**, p. 148.

<sup>248</sup> CURY, Enrique. **Op. Cit.**, p. 84. O autor esclarece em seguida, ainda, que “nada obsta a que, en determinadas circunstancias, el legislador atienda a las particularidades de una zona determinada y consagre la tipicidad de una conducta solo cuando se la ejecuta en ella. De hecho este procedimiento suele emplearse con cierta frecuencia. Pero este caso es distinto del de una ley en blanco que, al remitir a disposiciones emanadas de instancias legislativas territorialmente circunscritas, se incorpora un contenido variable, cuyo sentido cambia cada vez que el ciudadano transpone determinados límites regionales. Así, por ejemplo, no hay inconveniente para que la norma castigue al que trafique con una cierta sustancia en aquellas zonas del país que un decreto del presidente de la República determinará. En cambio, es intolerable la ley que sanciona penalmente a quien ejerce el comercio ambulante infringiendo preceptos reglamentarios dictados por las municipalidades.”

<sup>249</sup> **Idem. Ibidem.**

Portanto, atribui-se razão à doutrina que se posiciona pelo conceito restrito de lei penal em branco e que aduz que a instância à qual é feita a remissão tem de ser, necessariamente, inferior. Mas mais do que isso, esclareça-se que a remissão tem de advir de instância não legislativa, pois, só nesse caso, poderá haver cumprimento dos fundamentos que justificam a razão de ser das leis penais em branco. Por fim, os atos complementadores têm, obrigatoriamente, de ter caráter federal, pois só assim se respeitará o caráter de Estado unitário do Brasil, em que todos os estados e municípios são submetidos à lei penal idêntica<sup>250</sup>.

#### 2.4.2.2.1. Natureza do Ato Complementador

Ponto esclarecido, novo questionamento se abre. Se tão somente instâncias não legislativas podem complementar o branco das leis penais, ainda resta um ponto carente de esclarecimento: o reenvio a atos particulares (individuais) da Administração configuram, igualmente, leis penais em branco, ou estas estão restritas tão somente a reenvios a disposições administrativas de caráter geral? <sup>251</sup>

Luís GRECO se propôs a pontuar os problemas advindos da relação (de dependência) entre o direito penal e o direito administrativo, ou seja, da chamada acessoriedade administrativa. Constatou, então, a existência de três distintas modalidades de acessoriedade administrativa:

A primeira forma de dependência do direito penal face ao administrativo é a chamada acessoriedade conceitual, que se dá quando a lei penal toma emprestado conceitos do direito administrativo, empregando-os no sentido que lhes atribui este. Por exemplo, os arts. 38 e 39 da Lei 9.605/98 falam em “florestas de preservação permanente”, termo esse que é definido por um diploma administrativo, o Código Florestal (Lei 4.771/65), em seus arts. 2º e 3º. (...)

<sup>250</sup> O Tribunal Constitucional Espanhol, na sentença 120/1998, se posicionou em sentido contrário. “El Tribunal Constitucional dejó claro en esta ocasión que tanto las normas comunitarias como las autonómicas pueden servir de complemento a las leyes penales en blanco, aunque respecto de estas últimas pone como límite que ‘no introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto al régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio’, porque evidentemente vulneraría el principio de igualdad.”

<sup>251</sup> TIEDEMANN, Klaus. **La ley penal em blanco: concepto y custiones conexas**, p. 73.

A doutrina aponta para duas outras formas de acessoriedade administrativa. Imaginemos que a norma penal faça remissão não a um conceito, mas a um ato administrativo de alcance concreto (como uma licença, permissão, autorização). Tais hipóteses são chamadas pela doutrina alemã de *acessoriedade ao ato administrativo* (*Verwaltungsakzessorietat*). A elas contrapõem-se os casos da denominada *acessoriedade ao direito administrativo* (*Verwaltungsrechtsakzessorietat*) que se caracterizam pelo fato de que a remissão é feita a uma norma administrativa, isto é, a uma lei ou ato normativo (decreto, resolução, portaria) dotado de alcance geral, cuja violação é pressuposto do ilícito penal. (...) Sugiro que falemos, no Brasil, em acessoriedade ao ato administrativo individual, contraposta à acessoriedade ao ato administrativo geral.<sup>252</sup>

A primeira modalidade de acessoriedade administrativa, a que GRECO denominou “acessoriedade conceitual”, guarda íntima ligação não com as leis penais em branco, mas com os elementos normativos do tipo, como poderá ser verificado na sequência deste estudo. Não há um “branco” a ser preenchido por um ato da administração, mas tão somente utilização de termo que, para ser melhor compreendido, implica na consulta do direito administrativo.

Em seguida, GRECO diferencia explicitamente a acessoriedade administrativa à ato administrativo geral (decreto, resolução, portaria) e à ato administrativo individual (licença, permissão, autorização). Porém, o autor não menciona se ambas estariam abarcadas pelo conceito de leis penais em branco ou se seriam técnicas legislativas distintas.<sup>253</sup>

É inegável que a acessoriedade administrativa a atos administrativos individuais dá ensejo a inúmeras outras discussões – bem demonstradas por GRECO – como, por exemplo, a questão do sujeito que atua acobertado por um ato administrativo individual eivado de ilegalidade, ou, contrariamente, da-

<sup>252</sup> GRECO, Luís. A relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo no Direito Penal Ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. In **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: IBCCRIM, vol. 58, 2008, p. 159.

<sup>253</sup> De qualquer forma, Luís GRECO menciona que ambas as modalidades guardariam incompatibilidade semelhante no que tange ao princípio da legalidade. Segundo ele, tanto a acessoriedade administrativa a atos gerais quanto a atos individuais são problemáticas, pois o complemento não advém de lei federal, mesmo tendo a União a competência exclusiva em matéria penal, no Brasil. Aponta o autor que no caso do complemento advir de atos administrativos individuais, o problema torna-se ainda mais agudo, uma vez que se estaria conferindo a um funcionário qualquer o poder de declarar punível determinada conduta. GRECO, Luís. **Op. Cit.**, p. 164.

quele que atua violando proibição administrativa nula. Ainda, a questão do particular que não dispõe de ato autorizativo, mas que pratica conduta de acordo com as exigências da administração, de modo a fazer jus a tal ato. Finalmente, a questão do particular que obtém autorização informal.

Como bem se vê, o fato do complemento advir de atos administrativos individuais possibilita inúmeros e importantes questionamentos (que, inclusive, raramente são enfrentados pela doutrina). Porém, tais questionamentos fogem ao confronto com o princípio da legalidade, que é o objetivo deste estudo. E, mais importante do que isso, a própria remissão a atos administrativos individuais também foge ao objeto de análise pois, é certo, não se está a falar de leis penais em branco.

Admitindo qualquer (superficial) conceito de lei penal em branco trazido pela doutrina, tem-se que estas são “aquelas em que há uma necessidade de complementação para que se possa compreender o âmbito de aplicação de seu preceito primário”.<sup>254</sup>

Consciente desse conceito e analisando um tipo penal que faz remissão à ato administrativo individual, como é o caso do art. 63 da Lei 9.605/98, que aduz que é crime “alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, *sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida*”, parece restar evidente que, muito embora haja dependência do direito penal ao direito administrativo, caracterizando uma acessoriedade administrativa, o preceito primário está completo.

Em outras palavras: quando da leitura da própria lei penal, não há necessidade de complementação para que se possa entender o âmbito de aplicação da proibição. O preceito primário já está íntegro.

José Danilo Tavares LOBATO classifica a acessoriedade administrativa em três distintas modalidades, em molde semelhante ao proposto por GRECO, mas com uma diferença crucial.

---

<sup>254</sup> GRECO, Rogério. **Op. Cit.**, p. 20.

A primeira modalidade, para LOBATO, trata-se, assim como em GRECO, da acessoriedade conceitual. A segunda trata-se de acessoriedade ao direito administrativo e, segundo o autor, “a ora denominada acessoriedade administrativa ao direito administrativo é a velha e empoeirada técnica penal de tipificação das normas penais em branco”.<sup>255</sup> A terceira modalidade é a acessoriedade ao ato administrativo, modalidade que o autor, corretamente, não classifica como lei penal em branco. Distinção semelhante é feita por SALVADOR NETTO:

Por fim, pululam na lei penal os casos de dependência de atos da administração, o que comumente se caracterizou como a “acessoriedade administrativa” em sentido estrito. (...) Diferenciam-se das normas penais em branco porque estas são dependentes de normas administrativas gerais, que não se referem a casos concretos, como por exemplo, as portarias da Agência de Vigilância Sanitária (Anvisa) que define quais as substâncias entendidas como drogas. No caso desta categoria de acessoriedade (sic), depende-se da decisão administrativa, como no caso do art. 29 da Lei 9.605/1998, cujo crime contra a fauna apenas ocorre se o agente estiver desprovido da devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente.<sup>256</sup>

Érika Mendes de CARVALHO<sup>257</sup> corrobora do mesmo entendimento, diferenciando a lei penal em branco e aquela acessoriedade ao ato administrativo individual.

Quando há vinculação entre o direito penal e o ato administrativo geral, o ilícito administrativo integra a específica matéria de proibição penal, figurando como elemento adicional do tipo de injusto à violação da normativa administrativa. Aqui, portanto, a configuração típica do delito incorpora, como elemento objetivo, a infração de dever imposto pela normativa administrativa.

<sup>255</sup> LOBATO, José Danilo Tavares. Acessoriedade administrativa, princípio da legalidade e suas (in) compatibilidades no direito penal ambiental. In **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 83, 2010, p. 126.

<sup>256</sup> SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade. In **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 85, 2010, p. 219.

<sup>257</sup> CARVALHO, Érika Mendes de. Limites e alternativas à administrativização do direito penal do ambiente. In **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 92, 2011, p. 299.

Se expressa em termos como “em desacordo com as determinações legais”, “em desacordo com as exigências estabelecidas em lei ou regulamento”, “em desacordo com as normas fixadas”, etc.

Já quando há vinculação entre o direito penal e o ato administrativo individual, a matéria de proibição, ou seja, a totalidade do conteúdo do injusto, é fixada pelo tipo penal, de modo que a normativa administrativa (autorização, permissão, licença) se apresenta, conforme o caso, apenas como uma espécie de exclusão da tipicidade ou da ilicitude.

E esclarece, finalmente, a autora: apenas a hipótese de vinculação a ato administrativo geral é que configura exemplo de lei penal em branco.

Conclui-se, diante do exposto, que a instância que proferirá o ato complementador das leis penais em branco tem de ser de nível inferior e não-legislativo, com caráter geral (regulamentos, portarias, decretos) e federal (que valha para todo o país).

## 2.5. CONFRONTOS DISTINTIVOS

A conceituação da lei penal em branco pela doutrina, como se pôde depreender das linhas acima traçadas, é bastante superficial (e, sem medo de injustiças, contraditória).

Alguns se contentam em conceituar a lei penal em branco como aquelas leis penais incompletas que admitem remissão, ou seja, disposições incriminadoras cuja sanção está determinada, ficando indeterminada a proibição que, posteriormente, será precisada.

A superficialidade do conceito de lei penal em branco, apesar de garantir certo descomprometimento em tema tão espinhoso, acarreta inúmeras dificuldades, dentre as quais se destaca a correta distinção entre esta técnica legislativa, os tipos penais abertos e os elementos normativos do tipo.

### 2.5.1 Leis Penais em Branco X Tipos Penais Abertos

Não há como – por fugir à pretensão do presente trabalho – elaborar estudo mais aprofundado sobre a origem, o desenvolvimento e as funções hoje atribuídas ao tipo penal.<sup>258</sup>

O que importa aqui esclarecer é que na criação dos tipos penais, pode o legislador adotar dois critérios – não, obviamente, por mera escolha, mas por (absoluta) necessidade.

O primeiro consiste na descrição completa do modelo de conduta proibida, sem deixar ao intérprete, para verificação da ilicitude, outra tarefa além da constatação da correspondência entre a conduta concreta e a descrição típica, bem como a inexistência de causas de justificação.(...) O segundo critério consiste na descrição incompleta do modelo de conduta proibida, transferindo-se para o intérprete o encargo de completar o tipo, dentro dos limites e das indicações nele próprio contidas. São os denominados “tipos abertos” (...).<sup>259</sup>

Tal explicação parece ser suficiente para traçar as linhas distintivas entre as leis penais em branco e os tipos penais abertos.

Em comum, o ponto de que a descrição típica não é completa. Distinções, algumas.

Os tipos penais abertos tratam-se de construções devidas a Hans WELZEL e sua revisão foi o objetivo da conhecida monografia de Claus ROXIN, em 1970, que possui tradução para a língua espanhola feita por Enrique BACIGALUPO, sob o título Teoría del Tipo Penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico.<sup>260</sup>

O conceito de “tipos penais abertos” é menos formal do que o conceito de lei penal em branco. São tipos, por assim dizer, que carecem de de-

---

<sup>258</sup> Importa esclarecer, porém, que a distinção aqui proposta, entre leis penais em branco e tipos penais abertos, é bem pertinente. Afora as semelhanças entre ambos que, por vezes, confunde a doutrina, há mais. Se no presente estudo o objetivo é analisar as leis penais em branco face ao princípio da legalidade, os tipos penais abertos guardam possibilidade semelhante, vez que “o tipo penal, desde sua inicial proposição formulada por Beling ainda nos primórdios do século XX, sempre teve como a sua função mais destacada a garantia de efetividade do princípio da legalidade. Pode-se dizer, nestes exatos termos, que se trata de uma ferramenta dogmática a serviço da legalidade penal. Na medida em que uma conduta humana ganha sua previsão típica, o princípio da reserva legal, como abstração, ganha contornos materiais (...)”. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Op. Cit.**, p. 219.

<sup>259</sup> ASSIS TOLEDO, Francisco. **Op. Cit.**, p. 136.

<sup>260</sup> MACHADO, Miguel Pedrosa. **Op. Cit.**, p. 150.



terminação material e se complementam através de atividade valorativa do juiz. “Nele, o mandamento proibitivo inobservado pelo sujeito não surge de forma clara, necessitando ser pesquisado pelo julgador no caso concreto.”<sup>261</sup>

Os tipos penais abertos – assim chamados em oposição aos tipos “fechados”, nos quais a conduta proibida pode ser perfeitamente individualizada com base tão somente nos elementos constantes do próprio tipo penal –, então,<sup>262</sup> “não individualizam totalmente a conduta proibida, exigindo que o juiz o faça, para o que deverá recorrer a normas ou regras gerais, que estão fora do tipo penal”.

Enquanto os tipos completos precisam conter, sem exceção, o conteúdo do injusto de uma espécie de delito, dispondo todos os elementos, nos tipos abertos os elementos constitutivos não são descritos *concretamente* pela lei. De fato, o grau de formação da matéria de proibição acerca das disposições individuais é distinto, de maneira que a complementação dos tipos abertos o *juiz* produz pelo juízo de valor comum ou pelas circunstâncias, com outros elementos, ou seja, nestes tipos há certos elementos que pressupõem algumas condições que ao mesmo tempo são formuladas como juízo de valor comum e nesta qualidade admitem muitos conteúdos normativos em si. Este juízo de valor substitui a descrição das circunstâncias do tipo (ao contrário das leis penais em branco).<sup>263</sup>

Exemplos de tipos abertos, segundo o próprio WELZEL, são os tipos de crimes culposos e os tipos dos crimes de omissão imprópria ou comissivos por omissão.

Os tipos de imprudência, devido à variabilidade das condições ou circunstâncias de sua realização, são *tipos abertos* que devem ser preenchidos ou completados por uma *valoração judicial* e, por isso, não apresentam o mesmo rigor de definição legal dos tipos dolosos.<sup>264</sup>

<sup>261</sup> JESUS, Damásio E. de. **Normas Penais em Branco, Tipos Abertos e Elementos Normativos**. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2286>.

<sup>262</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIRANGELI, José Henrique. **Op. Cit.**, p. 424.

<sup>263</sup> SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco**, p. 64.

<sup>264</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 86.

Conclui-se, assim, que os tipos penais abertos são tipos incompletos, cujo fundamento de existência é a “impossibilidade de prever e descrever todas as condutas possíveis de acontecer em sociedade”.<sup>265</sup>

Os critérios de definição da conduta culposa<sup>266</sup> se enraízam em normas jurídicas, regras profissionais, dados de experiência<sup>267</sup>, regras éticas<sup>268</sup> e demais dados aos quais o juiz possa recorrer no intuito de “fechar” o tipo penal aberto e desvendar se, no caso concreto, houve quebra de um dever objetivo de cuidado. Da mesma forma, no que tange aos crimes de omissão imprópria, o julgador deve ter em conta os dados do caso concreto a fim de saber se, de fato, tratava-se de um “garante” e se a ele pode ser imputado o resultado.

Embora os tipos penais abertos sejam, inegavelmente, mais “questionáveis” frente ao princípio da legalidade e suas garantias materiais e formais do que os tipos penais fechados, a doutrina não costuma taxá-los de inconstitucionais<sup>269</sup>. Há – e é certo que tem de haver – teorias no sentido de traçar diretrizes à interpretação e limitar a atuação do juiz, a fim de que a concretização do tipo penal não seja deixada livremente ao seu arbítrio.<sup>270</sup>

Vale assinalar que sempre o juiz tem um trabalho de complementação e que jamais um tipo pode chamar-se estritamente de fechado. Esta questão, porém, assim como no caso das leis penais em branco, só ultrapassa o limite imposto constitucionalmente quando o tipo legal não contenha o núcleo fundamental da matéria de proibição e, portanto, a complementação seja não

<sup>265</sup> GRECO, Rogério. **Op. Cit.**, p. 162.

<sup>266</sup> Juarez Cirino dos Santos utiliza a denominação “imprudência” como sinônimo de “culpa”, enquanto parte significativa da doutrina opta por utilizar a nomenclatura “culpa” *lato sensu* e dividi-la em três modalidades, imperícia, imprudência e negligência.

<sup>267</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Moderna Teoria do Fato Punível**, p. 86.

<sup>268</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIRANGELI, José Henrique. **Op. Cit.**, p. 425.

<sup>269</sup> “Entretanto, como o tipo objetivo dos crimes de imprudência é idêntico ao tipo objetivo dos crimes dolosos correspondentes, e os critérios de definição da imprudência se enraízam em normas jurídicas, regras profissionais e dados da experiência, não parecer haver lesão ao princípio constitucional da legalidade. Afinal, como observam JESCHECK/WEIGEND, o leigo é capaz de compreender melhor o comportamento imprudente do que alguns conceitos jurídicos como dolo eventual, legítima defesa, etc.” SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Moderna Teoria do Fato Punível**, p. 87.

<sup>270</sup> É o caso, por exemplo, da teoria da imputação objetiva, que ganhou muita força com ROXIN e que visa, primordialmente, delimitar o nexo de causalidade entre a conduta culposa e o resultado. Tal teoria, em modestas linhas, se assenta em três regras basilares: a criação ou incremento de um risco proibido, a conexão direta entre esse risco e o resultado jurídico e, finalmente, que tal resultado esteja no âmbito de proteção da norma. Com tais regras, importa dizer, se restringe à responsabilização por crimes culposos, delimitando o tipo penal aberto.

apenas quantitativa, mas eminentemente qualitativa, leia-se, os tipos não podem ser tão abertos que sua aplicação – ou a sua não aplicação – dependa livre e arbitrariamente do juiz.<sup>271</sup>

Se um tipo penal nunca pode ser chamado em sentido estrito de “fechado”, é certo que nas leis penais em branco e nos tipos abertos, a “incompletez” resta notória. Criam-se, então, exigências em torno da complementação dos tipos penais abertos, tanto quanto das leis penais em branco. No primeiro caso, no intuito de não haver uma “carta branca” ao poder judiciário. No segundo, visando não haver “carta branca” ao poder executivo.

O que interessa ao presente estudo, no entanto, mais do que as similitudes, é notar a distinção entre leis penais em branco e tipos penais abertos.

As primeiras prevêm a sanção e parte do preceito e remetem a uma instância inferior a complementação da lei penal no intuito de flexibilizá-la, atualizá-la e adequá-la aos conhecimentos técnicos que as matérias tuteladas exigem. Quem realiza o complemento, então, é o ato de instância inferior e não legislativa, e não o julgador, através de suas valorações.

Os tipos penais abertos, em contrapartida, são tipos penais incompletos que, diante da impossibilidade de prever e tipificar todas as condutas possíveis de ocorrer em casos de quebra de dever de cuidado ou de omissão perante o dever de agir, por exemplo, deixam a cargo do julgador o fechamento dos mesmos. Para tanto, o juiz analisará normas jurídicas, administrativas, regras profissionais, a jurisprudência, doutrina, dentre outros.<sup>272</sup>

---

<sup>271</sup> RAMIREZ, Juan Bustos. **Manual de Derecho Penal – Parte General**. 3ª ed. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1989, p. 76.

<sup>272</sup> Fábio André Guaragni, no trabalho (inédito, Curitiba, 2012) “Norma penal em branco, tipos abertos, elementos normativos do tipo e remissões a atos concretos de autorização administrativa: o panorama político-criminal comum, distinções e repercussões relativas ao princípio da reserva legal”, bem realiza a distinção entre tipos abertos (utilizando-se do exemplo dos crimes culposos) e leis penais em branco: “Explorando o exemplo dos crimes culposos, o legislador efetivamente não costuma indicar qual comportamento constitui a criação proibida de risco (ou a quebra do cuidado objetivo devido), que é o cerne da modalidade culposa. É raro que indique parâmetros para identificar a quebra de cuidado, apenas estabelece que se ocorrer um dado resultado jurídico (ofensa a bem jurídico com proteção penal, mediante dano ou perigo de dano), haverá imputação culposa. Toca ao operador do direito verificar se o resultado jurídico deriva da criação de risco proibido, mediante critérios de imputação estabelecidos pela *praxis*, inclusive com suporte em doutrina. Assim, avulta verificar a normativa da área da vida em que ocorreu o evento (v.g. normativa de trânsito, regras de segurança do trabalho, etc.), estabele-

### 2.5.2 Leis Penais em Branco X Elementos Normativos do Tipo

Se os tipos penais abertos guardam semelhanças com as leis penais em branco e, por vezes, geram confusão conceitual na doutrina, que dirá os elementos normativos constantes do tipo penal.

É sabido que, por exigência do princípio da legalidade penal, o tipo penal deve possuir uma estrutura complexa composta dos elementos necessários para a mais exaustiva descrição da conduta proibida. Para tanto, a doutrina tradicionalmente identifica três classes de elementos: os elementos objetivos, que subdividem-se em objetivo-descritivos e normativos, e os subjetivos.<sup>273</sup>

“Designamos com a expressão *elementos objetivos* todas as circunstâncias da ação típica que não pertençam ao psiquismo, ao mundo anímico do agente.”<sup>274</sup> Essa classe independe do sujeito agente, caracterizando um âmbito externo do tipo penal.

A finalidade básica dos elementos objetivos é fazer com que o agente tenha conhecimento de todos os dados necessários à caracterização da infração penal, os quais, necessariamente, farão parte de seu dolo.<sup>275</sup>

Dentro dos elementos objetivos estão os elementos objetivo-descritivos, que são aqueles cujo conhecimento se opera através de mera veri-

---

cer um comportamento padrão e compará-lo ao realizado. Critérios de apoio como verificação de pautas sociais de comportamento, recurso ao princípio da confiança também dão suporte ao ‘fechamento do tipo’, para estabelecer um *standard* comportamental. Após, compara-se com o comportamento concreto. A presença de conduta antecede tudo. Já resultado material e nexo de causal são exigidos somente nos crimes culposos materiais. Por fim, a imputação exige previsibilidade objetiva acompanhada da ausência de previsão do evento pelo agente (culpa inconsciente). A checagem de todos estes elementos resumidos constitui o fechamento do tipo aberto nos crimes culposos. A seu turno, a norma penal em branco exige menos para o ‘fechamento’ do tipo. O preceito primário do tipo, nestes casos, remete a outra fonte normativa de conhecimento. Assim, norma penal em branco é aquela cujo preceito primário é completado por outra norma, “no todo ou em parte”. Cumpre ao operador do direito identificar esta norma e integrá-la ao tipo, na exata medida em que este a reclama”.

<sup>273</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. **O problema da Tipicidade nos Crimes contra as Relações de Consumo**. In Direito Penal Empresarial. Coord. Heloisa Estellita Salomão. São Paulo: Dialética, 2001, p. 196.

<sup>274</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Op. Cit.**, p.152.

<sup>275</sup> GRECO, Rogério. **Op. Cit.**, p. 166.

ficação sensorial, sem que seja necessário qualquer juízo de valor.<sup>276</sup> Expri-  
mem, pois, “juízos de realidade”.<sup>277</sup>

Estão, também, os elementos normativos, que são aqueles que ca-  
recem de valoração jurídica ou ético social para que possam ser compreendi-  
dos, não sendo bastante um exercício meramente cognitivo.

Os elementos subjetivos, por sua vez, consistem em dados repre-  
sentativos do estado psíquico-volitivo do agente (psique do indivíduo que prati-  
ca a conduta descrita no tipo penal. Leia-se: dolo, motivos, intenções).

Nem sempre tais classes de elementos foram admitidos no tipo pe-  
nal. O reconhecimento de que o tipo penal não era simplesmente descritivo,  
como acreditava BELING, se deve a MAYER e MEZGER.

Percebem estes autores que, ao contrário do postulado por Be-  
ling, o tipo não é meramente descritivo. O intérprete não possui  
com a lei penal uma simples relação de reconhecimento. Longe  
disso, a interpretação é essencial ao sentido da norma e, mais  
ainda, é constitutiva do seu próprio discurso. Em resumo, a  
norma penal não é objeto pronto para apreensão, mas deman-  
da uma interpretação que a realize em sua integralidade. Isso  
aparece claramente com conceitos, por exemplo, como o de  
“mulher honesta”, originalmente previsto no Código de 1940 na  
narrativa dos delitos de posse sexual mediante fraude e rapto.  
O perpassar histórico muda e estreita gradativamente a sua  
compreensão, até a situação-limite de completa inadequação  
e, em consequência, revogação legislativa. Não parece duvido-  
so que elementos normativos, como conceitos a serem inter-  
pretados, podem abrir a tipicidade, permitindo a inclusão de si-  
tuações que circundam ao seu redor.<sup>278</sup>

<sup>276</sup> “Ejemplo de tipo formulado exclusivamente con ayuda de elementos descriptivos es el homi-  
cidio (art. 138 CP: <<matar>> y <<outro>> son elementos descriptivos). Debe notarse, sin em-  
bargo, que a menudo los elementos descriptivos *deben precisarse* con arreglo a criterios valo-  
rativos. Así, en ejemplo propuesto, la precisión del momento de la muerte (? al cesar la activi-  
dad del corazón o la del cerebro?) implica inevitablemente una elección hasta cierto punto valo-  
rativa”. PUIG, Santiago Mir. **Op. Cit.**, p. 231. Da mesma idéia comunga Juarez CIRINOS DOS  
SANTOS ao aduzir que “os elementos normativos do tipo legal são muito mais numerosos do  
que originalmente se supunha, como demonstrou WOLF, porque mesmo supostos puros con-  
ceitos descritivos, como *homem* ou *coisa*, são conceitos normativos, ou seja, exigem uma valo-  
ração jurídica orientada para a antijuridicidade: a extensão do conceito de *coisa* em relação aos  
animais e à energia, por exemplo, assim como o juízo sobre a existência (já ou ainda) de um  
*ser humano*, como objetos de proteção do direito penal, não podem ser reduzidos a elementos  
meramente descritivos.” SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**, p.  
31.

<sup>277</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Op. Cit.**, p. 154.

<sup>278</sup> SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Op. Cit.**, p. 219.

O reconhecimento da possibilidade de existência de elementos normativos no tipo penal e a adoção, por parte majoritária da doutrina, do conceito amplo de lei penal em branco (que admite, portanto, que o complemento para o “branco” advenha da mesma lei ou de lei diversa, mas de mesma hierarquia), implica (mas não justifica) na constante confusão entre ambos os conceitos.

Isso porque os elementos normativos podem ter uma valoração ético-social (cultural), como é o caso dos termos, “ato obsceno”, “beijo lascivo”, dentre inúmeros outros contemplados por nosso Código Penal; mas podem, também, ter uma valoração jurídica, como é o caso de “funcionário público”, “documento público”, etc.

Parece haver, então, confusão no que tange à lei penal em branco (em especial se aceita em seu conceito amplo) e os elementos normativos que possuem valoração jurídica.

(...) Mezger ampliou tal conceituação, vislumbrando três categorias de lei penal em branco: a) quando o complemento de uma norma encontra-se na mesma lei; b) quando se encontra em outras leis, porém emanadas da mesma autoridade legislativa; e c) quando o complemento é feito por uma norma de instância legislativa diversa. (...)

Na verdade, estamos diante, nos dois primeiros casos, de *elementares normativas de interpretação conceitual*, ou, na terminologia empregada pelo próprio Mezger, “tipos normativos propriamente ditos”. Trata-se de elementos constitutivos do tipo penal objetivo em que a valoração de seu conteúdo é estipulada, *a priori*, pelo próprio legislador, seja na mesma lei objeto da proibição, seja em lei diversa. Não se trata de *lei penal em branco*, mas sim de uma técnica legislativa, ou seja, uma opção do legislador em utilizar mais de um artigo para expressar uma norma dentro da mesma lei, ou em lei diversa.<sup>279</sup>

(...) Somente no terceiro caso é que poderemos falar em lei penal em branco.<sup>280</sup>

<sup>279</sup> “Assim, por exemplo, o conceito da expressão ‘funcionário público’, encontrada em diversos tipos penais (arts. 312 a 326 do CPB), é fornecido pelo art. 327 do CPB; a expressão ‘meios de informação’, encontrada em diversos crimes da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67), é ditada pelo art. 12, parágrafo único, desta mesma lei; ‘instituição financeira’ equivale às entidades arroladas no art. 1º da Lei 7.492/86; ‘espécimes da fauna silvestre’ são todos os animais elencados no art. 29, § 3º, da Lei nº 9.605/98; ‘programa de computador’, tudo aquilo que se insere no art. 1º da Lei nº 9.609/98; o conceito de ‘cheque’ (art. 171, § 2º, inc. VI, do CPB) encontra-se na Lei nº 7.357/85; o de ‘estrangeiro’, no art. 12, *a contrario sensu*, da CRFB/88 etc.” SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Op. Cit.**, p. 157.

<sup>280</sup> **Idem**, p. 156.

Se as leis penais em branco recebem críticas por parte da doutrina por violar o princípio da legalidade, tanto no que diz respeito à sua garantia formal quanto às suas garantias materiais, os elementos normativos do tipo também são apontados como uma ameaça ao referido princípio, uma vez que possibilitam um juízo de valoração por parte do hermeneuta ou aplicador da lei.<sup>281</sup> “Ainda quando a meta é conseguir o máximo de concretude legal, o instrumento de que o legislador tem que se valer – a linguagem -, é, por si, imprecisa e mutável.”<sup>282</sup>

Ambos, de certa forma, buscam “complemento” – seja para preenchimento do “branco”, seja para compreensão do termo empregado - em elementos jurídicos. Porém, impõe-se reconhecer que os elementos normativos não se confundem, em absoluto, com as leis penais em branco.

O elemento normativo do tipo faz parte do suposto de fato que regula o próprio legislador penal; entretanto, tem que ser entendido a partir de uma valoração especial. Com os elementos normativos do tipo, a lei não remete a outra norma, mas sim ‘deve-se invocar outras normas na valoração das características típicas’. A norma penal só resulta invocada para interpretar o estabelecido pelo legislador, por exemplo: os conceitos ‘documentos’, ‘funcionários públicos’, ‘bens do patrimônio cultural’, etc. Outra coisa é uma norma penal em branco, já que todo o suposto de fato é redigido por outra instância não legislativa.<sup>283</sup>

<sup>281</sup> Enquanto a crítica em torno das leis penais em branco refere, em especial, à garantia formal do princípio da legalidade, visto que o legislador remeteria ao Executivo o complemento da lei penal e, portanto, a possibilidade de efetiva criação de norma incriminadora (não que se ignore as críticas às garantias materiais, de violação de lei prévia e certa); a crítica em torno dos elementos normativos encontra eco parecido, pois “conforme Bettiol, não se pode tolerar que liberdades individuais sejam totalmente entregues ao Magistrado, de forma incondicional. Para o autor italiano, tal situação ocorre em legislações que não respeitam o princípio da legalidade, ou que não verificam a existência de tipos rígidos, nos quais se introduzem espécies delituosas elásticas, com elementos normativos em suas composições.” LOPES, Luciano Santos. **Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 133.

<sup>282</sup> Tradução livre: “Aun cuando la meta sea conseguir el máximo de concreción legal, el instrumento del que el legislador tiene que valerse – el lenguaje -, es de por si impreciso y cambiante”. PAVÓN, Pilar Gomes. Cuestiones actuales del derecho penal económico: el principio de legalidad y las remisiones normativas. In **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol.48, 2004, p. 108.

<sup>283</sup> BUSATO, Paulo César. HUAPAYA. Sandro Montes. **Op. Cit.**, p. 112.

Pilar Gomes PAVÓN arrola outros modos, trazidos pela doutrina, de diferenciar as leis penais em branco e os elementos normativos do tipo. O primeiro estaria “no carácter explícito ou implícito da remissão; no primeiro caso estaríamos diante de leis penais em branco, no segundo, diante de elementos normativos.”<sup>284</sup> Tal critério – meramente formal – não satisfaz, é certo, a missão de diferenciar ambos os institutos. No Brasil, em especial, há leis penais em branco de remissão explícita e também de remissão implícita, o que não lhes retira, por si só, o carácter de lei penal em branco.

Para TIEDEMANN, a diferença estaria no nível da norma a que fora feita remissão, posto que “a lei penal em branco se caracteriza pelo pressuposto se encontrar em outra norma emanada de uma instância não legislativa, que seria quem exerce a ameaça legal em definitivo”.<sup>285</sup>

Tal critério também não é suficiente para realizar a adequada distinção. Se a lei penal em branco sempre busca seu complemento em instâncias não legislativas, os elementos normativos do tipo podem buscar sua “interpretação”, “valoração” tanto em atos jurídicos, como também em valores ético-sociais e culturais – utilizando-se, inclusive, de, por exemplo, normas administrativas -, de modo que a natureza do complemento não é critério diferenciador seguro.

O terceiro critério sugerido parece ser, então, o mais adequado:

(...) A diferença consistiria na função que cumpre a cada um dos distintos tipos: quando estamos diante de uma invocação a outras normas para a valoração das características típicas, é um elemento normativo; ao contrário, quando existe uma remissão a outras disposições, estaremos diante de uma lei penal em branco. Enquanto os elementos normativos desempenham uma função interpretativa, a lei penal em branco complementa ou conforma o tipo.<sup>286</sup>

<sup>284</sup> Tradução livre: “En el carácter explícito o implícito de la remisión; en el primer caso estaríamos ante leyes penales en blanco, en el segundo ante elementos normativos”. PAVÓN, Pilar Gomes. **Op. Cit.**, p. 108.

<sup>285</sup> Tradução livre: “La ley penal en blanco se caracteriza porque el presupuesto se encuentra en otra norma emanada de una instancia no legislativa, que sería en definitiva quien ejerce la amenaza legal”. **Idem, Ibidem.**

<sup>286</sup> Tradução livre: “(...) La diferencia consistiria en la función que cumplen en cada uno de los distintos tipos: cuando estamos ante una invocación a otras normas en la valoración de las características típicas, es un elemento normativo; por el contrario, cuando existe una remisión a otras disposiciones, estaremos ante una ley penal en blanco. Mientras los elementos normati-



Tal critério material de diferenciação entre elementos normativos do tipo e leis penais em branco supera as tentativas de estabelecer um critério formal e evidencia que o ponto crucial que diferencia ambos é justamente a finalidade a que se prestam: enquanto leis penais em branco buscam complementação para exercer uma função integrativa ou constitutiva da lei penal, os elementos normativos do tipo buscam complementação para exercer uma função interpretativa ou de compreensão da lei penal.<sup>287</sup>

---

vos desempeñan una función interpretativa, la ley penal en blanco complementa o conforma el supuesto típico.” PAVÓN, Pilas Gomes. **Op. Cit.**, p. 108.

<sup>287</sup> Dulce María Santana Vega, em sua obra “El concepto de ley penal en blanco” apresenta visão bem distinta acerca da diferenciação entre leis penais em branco e elementos normativos do tipo. A autora aduz que “en definitiva, desde un punto de vista material que atienda a la incidencia o no de normas extrapenales sobre el ámbito de configuración de los bienes jurídico-penales supraindividuales, no cabe diferenciar entre leyes penales en blanco y elementos normativos, porque en ambos casos existe una remisión a disposiciones normativas. Lo que sí cabe, a efectos ejemplificativos y desde un punto de vista meramente formal, es diferenciar distintas modalidades de remisión. En concreto, habría que hacer referencia a dos modalidades básicas: la expresa e la tácita.

a) La *remisión expresa* sería aquella en la que se hace referencia a la necesidad de completar el tipo con normativa extrapenal. Esto, a su vez, puede tener lugar por alusión a la infracción de las leyes o reglamentos sobre la materia (*leyes penales en blanco positivas*) o mediante remisiones expresas de carácter negativo en las que la punición de la conducta descrita se condiciona a que ésta se realice fuera de los casos permitidos por las leyes o los reglamentos (*leyes penales en blanco negativas*).

b) Las *remisiones tácitas* son aquellas en las que el tipo contiene elementos normativos, diferenciando, a su vez, dentro de éstos entre: los elementos normativos propiamente dichos (ajenidad, bien mueble, abogado, beneficio fiscal, subvención, etc.) y las cláusulas normativas (“sin autorización administrativa”, “legalmente obligados”) lo que denominaba WELZEL, *tipos abiertos*.

Denominador común de todas ellas es la dependência de normativa extrapenal para la determinación del sentido del tipo. Esto tiene dos consecuencias:

a) No se puede considerar como elementos normativos los denominados elementos valorativos sociales (por ejemplo, los actos de exhibicionismo y provocación sexual, arts. 185 y 186) porque ellos están igualmente necesitados de interpretación que un elemento descriptivo, si bien el proceso para llegar a su precisión será distinto. Lo determinante, en todo caso, será la *inexistência* de una norma *jurídica* extrapenal que determine el sentido de los citados elementos valorativos.

b) Lo que diferencia a las leyes penales en blanco de los elementos normativos – y para quienes lo admiten como *tertius genus*, de los tipos abiertos – es la nota, meramente secundaria, del *grado o intensidad de la remisión* a la regulación extrapenal. En concreto, esa remisión es *global* a la totalidad del ordenamiento jurídico, en el caso de las cláusulas normativas (así por ejemplo, “traficar de manera ilegal” del art. 312.1 o dictar sentencia o resolución injusta de la prevaricación judicial del art. 446), de grado *medio* en el caso de las leyes penales en blanco (caso del “incumplimiento de las leyes o los reglamentos respectivos”, del art. 360) e *más reducida* en el caso de los elementos normativos (por ejemplo, el concepto de abogado del art. 465 o el de ajenidad en el hurto del art. 234.)

c) Es más, la propia diferenciación entre elementos normativos y leyes penales en blanco no deja de ser, en muchas ocasiones, algo parecido al antiguo intento de distinguir entre Derecho

## 2.6. (UMA CONCLUSÃO SOBRE O) CONCEITO DE LEIS PENAIS EM BRANCO

Analizada de modo mais cuidadoso a origem das leis penais em branco, os fundamentos e características destas, além de efetuadas as devidas distinções com institutos que guardam semelhanças com essa técnica legislativa, há como construir, de modo mais responsável, o conceito de lei penal em branco.

Assiste razão à corrente doutrinária que entende pelo conceito restritivo de lei penal em branco.

Preliminarmente, esse é o conceito que guarda íntima ligação com o ponto de partida histórico do conceito de lei penal em branco, notado por BINDING (resguardadas as diferenças entre a então Constituição do Império alemão e a atual Constituição brasileira): se concebe como uma autorização a uma instância inferior. Ao se considerar as leis penais cujo complemento encontra-se na mesma lei, leis cujo complemento encontra-se em outras leis, porém emanadas da mesma instância legislativa e, finalmente, leis cujo complemento encontra-se em atos procedentes de instância legislativa diversa, nota-se que:

(...) Somente estas últimas seriam as *normas em branco*, em sentido estrito. As duas primeiras não passariam de *fragmentos* de norma ou *lei incompleta*, pois o legislador ordinário não tem necessidade de pedir ou de autoconceder-se autorização para legislar. Nestes casos existiriam apenas normas cujas partes integrantes não se editaram ao mesmo tempo.<sup>288</sup>

---

público y Derecho privado: puede servir a efectos pedagógicos para marcar los distintos cauces de la remisión o para señalar el carácter dominante o preferencial de los principios de cada una de ellas, pero poco más.”

<sup>288</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro. **Op. Cit.**, p. 49. Prossegue o autor: “Exemplo frisante de norma dessa natureza está no mencionado Decreto-lei n. 60.501, de 14 de março de 1967, que considera crime de apropriação indébita, definido no art. 168 do Código Penal, a falta de recolhimento de contribuições devidas à Previdência Social. Esta norma não pode ser chamada *em branco* porque o seu preceito é completo no descrever a conduta incriminada, mas a sua compreensão integral deverá ser feita *quoad substantia* à luz dos elementos que compõem a figura típica de apropriação indébita. E, além disso, ambas as normas procederam da mesma fonte legislativa, que é o legislador ordinário, e por isso mesmo ambas pertencem à mesma categoria. O exemplo mais comum, entre nós, de norma penal em branco é o do art. 2º, inciso VI, da

O fundamento deste conceito, assim compreendido, revela mais do que simples técnica legislativa, como pretendeu fazer crer MEZGER. Trata-se de um procedimento dotado de significado político vinculado ao princípio da legalidade.<sup>289</sup>

De fato. O conceito histórico das leis penais em branco já revela seu fundamento, que com a evolução social tão somente se confirma: flexibilizar, quando essa é a única solução, leis penais no intuito de autorizar complementos advindos de instâncias inferiores, a fim de mantê-las atualizadas e compatíveis com o grau de conhecimento técnico exigido.

Qualquer outra modalidade de técnica legislativa – como, por exemplo, o reenvio à mesma lei penal ou a lei diversa de idêntica hierarquia –, constitui, sem dúvida, um modo peculiar de lei penal, que merece estudo, em especial pelos (consideráveis) problemas notados pela doutrina, como a questão do erro de proibição ou da retroatividade do complemento mais benéfico. Não constitui, porém, lei penal em branco.

Se o primeiro fundamento das leis penais em branco é justamente dar “mobilidade” à lei penal, a fim de que esta não reste obsoleta em momento seguinte à sua promulgação, como se pode querer dizer que uma lei penal que remete seu complemento à mesma lei, ou à outra lei de idêntica hierarquia (ou seja, idêntica dificuldade de promulgação) é uma lei penal em branco?

Se o segundo fundamento das leis penais em branco é possibilitar que, em um setor social extremamente complexo e exigente de conhecimentos técnicos específicos e aprofundados, seja o complemento da lei realizado por quem possua maior proximidade com tais conhecimentos, como se pode querer dizer que uma lei penal que remete seu complemento à mesma lei, ou à outra lei proveniente da mesma fonte (ou seja, idêntico déficit de conhecimento técnico) é uma lei penal em branco?

---

Lei n. 1521, de 26 de dezembro de 1951: “Transgredir tabelas oficiais de gêneros e mercadorias, ou de serviços essenciais, etc.” Neste caso o legislador deixou à autoridade administrativa a complementação da norma mediante a edição da tabela oficial de preços e, à conceituação normativa, o que sejam serviços essenciais.”

<sup>289</sup> PUIG, Santiago Mir. **Op. Cit.**, p. 67.

Que os casos apresentam em comum o fato de ser leis penais atípicas, há concordância. Que são modalidades de técnica legislativa, também. Daí para diante, porém, apresentam distinções, em especial no que tange aos seus fundamentos.

No caso das leis penais que fazem remissão à mesma lei ou a leis distintas de mesma hierarquia, o fundamento parece ser de economia legislativa. E, se as leis penais em branco acabam, também, garantindo uma economia legislativa, isto é tão somente uma consequência de sua adoção. Jamais seu fundamento.

A *ratio essendi* das leis penais em branco não estão ligadas à noção de economia legislativa. Se houvesse a possibilidade do legislador regular as referidas e complexas matérias – por maior dificuldade que se impusesse -, as leis penais em branco não poderiam (legitimamente) entrar em cena.

Analizados os fundamentos que justificam a razão de ser das leis penais em branco, mais fácil determinar suas características e delimitações. A lei penal em branco é uma lei incompleta, na medida em que prevê tão somente a consequência jurídica (sanção) e parte do preceito (pressuposto).

Disso resultam duas características essenciais da leis penais em branco: necessariamente, o objeto da remissão é o preceito, jamais a sanção, o que implica reconhecer: as leis penais denominadas por parte da doutrina como “leis penais em branco ao revés” não são leis penais em branco por excelência. Ainda, tão somente parte do preceito é que pode ser objeto de complementação: justamente a parte que em que se exige o conhecimento específico sobre o bem jurídico tutelado e que possibilitará a flexibilização e atualização da lei penal.

Com base nestes mesmos fundamentos, pode-se afirmar que a lei penal será complementada por uma remissão dinâmica, jamais estática.

A instância complementadora, por sua vez, é necessariamente inferior e não legislativa, de modo a garantir o cumprimento da finalidade a que a lei penal em branco se destina.

O ato complementador será sempre federal – válido para todo o território nacional – e de alcance geral. Ou seja, não poderá advir de leis estadu-

ais e municipais, seja porque o trâmite de promulgação dessas leis não caminha na velocidade exigida pelos complexos bens jurídicos tutelados, seja porque no Brasil não há a possibilidade de se regionalizar o direito penal.

Também não poderá advir de atos administrativos concretos, pois a existência destes descaracteriza a lei penal em branco justamente por “fechar” o preceito da lei penal, que prevê a totalidade do conteúdo do injusto.

Finalmente, registre-se que as leis penais em branco se distinguem dos tipos penais abertos (cujo “fechamento” é realizado pelo julgador) e dos elementos normativos (constantes do tipo, empregados pelo próprio legislador e cuja interpretação será feita através de valorações ético-sociais ou jurídicas).

Leis penais em branco são, concluindo, leis penais incriminadoras utilizadas para regular matérias complexas (bens jurídicos coletivos, difusos, altamente formalizados, que exigem conhecimento específico e aprofundado), nos casos em que essa técnica legislativa se revela a única capaz de garantir a atuação do Direito Penal, através da flexibilização e atualização da lei penal. São leis penais incompletas, que remetem parte do seu preceito para que seja complementado por uma instância inferior (não legislativa). A complementação advirá de atos normativos de caráter geral, dinâmico e federal.

### 3. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL X LEIS PENAIS EM BRANCO

Se o primeiro capítulo deste trabalho foi dedicado ao princípio da legalidade penal – tendo sido indispensável a análise do “espírito do tempo” que inspirou suas bases ideológicas e alicerçou suas garantias decorrentes – e o segundo capítulo intentou delimitar um conceito (fundamentado) de leis penais em branco, o presente capítulo visa justamente confrontar tal (criticada) técnica legislativa face ao princípio que é pedra angular do Estado Democrático de Direito.

Conforme visto, parte da doutrina<sup>290</sup> se agita em torno da bandeira da inconstitucionalidade das leis penais em branco, discursando a respeito da crise do direito penal<sup>291</sup> e da (indevida) flexibilização das garantias decorrentes do princípio da legalidade, “conquistadas a duras penas”.

O Código Penal, e mais ainda as leis penais esparsas, por sua vez, contemplam, e cada vez mais, inúmeros exemplos de leis penais em branco. Indivíduos são denunciados – e condenados -, todos os dias, pela prática de crimes tipificados através desta técnica legislativa.

Parece ser razão suficiente para uma discussão cuidadosa e responsável sobre a (in) compatibilidade entre leis penais em branco e princípio da

---

<sup>290</sup> É o caso, por exemplo, de Juarez Cirino dos Santos, Paulo Queiroz e Francisco de Assis do Rêgo Monteiro Rocha Júnior.

<sup>291</sup> Quanto à suposta crise do Direito Penal, Guillermo Yacobucci esclarece que: “La realidad es que efectivamente *un modo de entender el sistema penal ha entrado en crisis*.(...) Se trata, en resumidas cuentas, de la mayor transformación que ha sufrido en los últimos tiempos el paradigma del sistema penal nacido en la etapa de la ilustración, que se consolidó más tarde en los primeros decênios del siglo XX (a pesar de las influencias del positivismo – jurídico y criminológico -) y que sobre todo fue idealizado como imagen de un modelo liberal y garantista del ejercicio de la potestad punitiva del estado (...). Debe advertirse, de todos os modos, que las transformaciones de la ciencia penal de los últimos treinta años no son un simple producto de la teoría, sino la consecuencia de los profundos cambios sucedidos en el orden social, político y jurídico.” YACOBUCCI, Guillermo Jorge. La transformación de la legalidad penal como desafío del nuevo siglo. In **Los Desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI** – libro homenaje al profesor Dr Gunther Jakobs. Peru: Ara Editores, 2005, p. 633.

legalidade. Para tanto, inicialmente impõe-se reconhecer o que é frequentemente ignorado: tal confronto urge ser contextualizado, devendo ser considerados o tempo e a realidade da sociedade contemporânea<sup>292</sup> – e não o tempo e a realidade dos pensadores iluministas, no caso do princípio da legalidade, e de BINDING e MEZGER, no caso das leis penais em branco.

### 3.1. ESPÍRITO DO TEMPO: SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA<sup>293</sup>

O princípio da legalidade tem como berço o período Iluminista. Os burgueses, já detentores do poder econômico por conta, primeiro, das expansões das rotas (marítimas e terrestres) comerciais e, mais tarde, pela revolução industrial, ansiavam também pelo poder político – ainda restrito às mãos do monarca absolutista, nobreza e Igreja Católica.

<sup>292</sup> Paulo César Busato propõe uma análise da função negativa do conceito de ação em Direito Penal a partir da Filosofia da Linguagem e aduz que “as alterações conceituais da Teoria do Delito historicamente vêm sendo vinculadas às mudanças metodológicas, de política-criminal e de pressupostos filosóficos, afinal, como diria Marx, ‘toda filosofia verdadeira é a quintessência intelectual de sua época’. Conforme refere Martinez-Buján Perez, ‘a concepção clássica do delito estava fundamentada no pensamento jurídico do positivismo científico; a concepção neo-clássica do delito se cimentava na teoria do conhecimento do neokantismo (de STAMMLER, RICKERT e LASK); o sistema finalista do delito se apoiou nas contribuições filosóficas de WELZEL’. Assim também ‘os modernos sistemas de orientação funcionalista encontram seu fundamento no funcionalismo estrutural de PARSONS (que dá lugar, no âmbito do direito penal, ao chamado funcionalismo teleológico, valorativo ou ‘moderado’) ou no funcionalismo sistêmico de LUHMANN’”. BUSATO, Paulo César. **Direito Penal e Ação Significativa: Uma análise da função negativa do conceito de ação em Direito Penal a partir da Filosofia da linguagem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.153. Se é notável que a Teoria do Delito sofre alterações em sua construção e interpretação diante de novas concepções metodológicas, política-criminais e filosóficas, parece evidente que o mesmo ocorra com os princípios que guiam o Direito Penal – os quais não podem, inclusive, ser puramente dissociados da Teoria do Delito. É o que se está a propor no presente estudo: que se reconheça que tais concepções produzem também seus reflexos na interpretação dos princípios penais e de suas garantias decorrentes.

<sup>293</sup> Há que se resistir à tentação de nomear a “sociedade contemporânea” a fim de evitar restrições conceituais. Se é certo que a sociedade contemporânea está submetida a mudanças radicais, resultantes de escolhas sociológicas, filosóficas, econômicas e políticas pretéritas, também é certo que dependendo da ênfase sobre a qual recai a discussão, os termos adotados pelos doutrinadores divergem. “Algunos autores ponen gran énfasis en la apertura del proyecto humano en medio de las nuevas contingencias, complejidades e incertidumbres, sea su término operativo “posmodernidad” (Bauman, Lyotard, Harvey, Haraway), “modernidad tardía” (Giddens), “era global” (Albrow) o “modernidad reflexiva” (Beck, Giddens, Lash). Otros dan prioridad a la investigación de nuevas formas de identidad (Melucci) y socialidad (Maffesoli) experimentales, a la relación entre la individualización y la cultura política (Touraine), a la “constelación posnacional” (Habermas) o a los prerrequisitos de “democracia cosmopolita” (Held). Y hay otros que han aportado una oleada de libros sobre la “política de la naturaleza” (Vandana Shiva, Gernot Böhme, Maarten Hajer, John S. Dryzek, Tim Hayward, Andrew Dobson, Barbara Adam, Robin Grove-White y Brian Wynne).” BECK, Ulrich. **La Sociedad del Riesgo Global**. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2002, p. 01.

Utilizando-se do discurso filosófico cartesiano (“penso, logo existo”), que exaltava o homem e induzia à sua auto-suficiência, e do discurso sociológico de “liberdade, igualdade e fraternidade”, a burguesia atingiu seu objetivo com a Revolução Francesa e apoderou-se também do poder político<sup>294</sup>.

É possível dizer, então, que “o discurso utilizado pela burguesia para a tomada de poder fundava-se na filosofia da ilustração”.<sup>295</sup>

Tratava-se, em grandes linhas, de um discurso de cunho antropocêntrico. Do antropocentrismo dimanaram: a) a origem do poder estatal como popular, e não divina; b) o endosso do jusnaturalismo como limite ao poder estatal, evidenciando que os direitos individuais – nomeadamente a tríade vida, liberdade e patrimônio – possuídos pelo homem não lhe são dados pelo Monarca à medida que deseje, como “favor rei”, sendo, sim, inerentes à própria condição de ser humano; c) a justificativa contratualista para a existência do estado, colocando-o a serviço do homem, como detentor do monopólio da distribuição da justiça, na versão mais liberal de contrato social, forjada por LOCKE.<sup>296</sup>

O discurso iluminista foi – é indiscutível – um avanço frente ao poder ilimitado do Estado e da Igreja, ambos justificados pelo pensamento teocêntrico. E, se considerado tão somente o “discurso oficial” (para utilizar termo consagrado pela criminologia crítica) sustentado pela burguesia, este se torna ainda mais sedutor, levando parte considerável da doutrina a considerar, de plano, inconstitucional toda medida que implique qualquer arranhão às (supostas) garantias aí conquistadas.

---

<sup>294</sup> “(...) O Absolutismo mostrava-se incapaz de conter a aristocracia e de proceder a reformas necessárias. A própria base do poder era atacada pelos ‘filósofos da Razão’: ao ‘direito divino’ dos Reis opunha-se a soberania do povo; à religião de Estado contrapunha-se a liberdade de consciência; ao dirigismo econômico do Mercantilismo apresentava-se a liberdade econômica. A burguesia, consciente de sua força e de seu poder econômico, apesar das limitações existentes, já ambicionava o poder político. E as circunstâncias favoreceram seus intentos quando Luís XVI, premido pelo déficit orçamentário e optando pela demissão de ministros que propunham reformas fiscais (Turgot, Necker, Calonne, Brienne) a se impor à resistência de nobreza (Revolta Aristocrática), convocou os Estados Gerais, possibilitando o início da Revolução. AQUINO, Rubim Santos Leão de. **Op. Cit.**, p. 144.

<sup>295</sup> GUARAGNI, Fábio André. Do Direito Penal do Trabalho ao Poder Penal do Trabalho. In **Do empregado pelo empregador: procedimentos lícitos e ilícitos**. Coord. Eduardo Milleu Baracat. Curitiba: Juruá, 2008, p. 02.

<sup>296</sup> GUARAGNI, Fábio André. **Do Direito Penal do Trabalho ao Poder Penal do Trabalho**, p. 03.



Não há como deixar de enfrentar duas considerações: será que diante da função real e oculta do discurso oficial burguês de fato houve a conquista de tantas garantias irrenunciáveis? E, mesmo que seja a resposta positiva, tais conquistas coincidem, ainda e exatamente, com as conquistas hoje indispensáveis à proteção do indivíduo, inserido em um modelo social tão diverso?

No que diz respeito ao primeiro questionamento, há que se analisar que “as barreiras jurídicas de proteção do homem contra o Estado parecem ter sido estabelecidas (...) com o evidente propósito de estabelecer e perpetuar no poder determinado grupo social”<sup>297</sup>, no caso, a burguesia.

O interesse da burguesia era claramente delimitado: o estabelecimento de um processo de desenvolvimento cujo eixo se encontrava na economia, em um processo permanente de acumulação de capital. O reconhecimento da força do indivíduo perante o interesse do Estado libertava de diversos grilhões a livre iniciativa individual de estabelecer aqueles processos. Isso passava obviamente por uma reformulação do Direito, negando a perspectiva do Direito natural, enquanto mecanismo de imposição, ou seja, deixando de reconhecer na vontade do soberano uma “natural” expressão da verdade jurídica, obrigando-o a dobrar-se ante o império da lei, este sim, fruto da expressão da vontade de todos.<sup>298</sup>

Em atenção ao primeiro questionamento realizado, reconhece-se que o discurso iluminista, utilizado pela burguesia para ascender ao poder político, revela uma preocupação maior com a perpetuação e expansão do referido poder do que com efetivas garantias individuais.

Assim, representa verdadeiras garantias se considerado tão somente seu caráter oficial. Porém, se considerada a sua real utilização (contrato social como liberdade e igualdade (ambas entre aspas) na competição do mercado e princípio da legalidade como modo de subordinar à mesma lei pessoas social e economicamente desiguais, mantendo essa ordem), há que se reconhecer que não coincide com um discurso exatamente garantidor do indivíduo.

---

<sup>297</sup> BUSATO, Paulo César. O Direito Penal e os Paradigmas da Revolução Tecnológica. In **Reflexões sobre o Sistema Penal do Nosso Tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 493.

<sup>298</sup> *Idem*, p. 495.

No que refere ao segundo questionamento - se as garantias defendidas pelo discurso oficial burguês corresponderiam exatamente às garantias que a sociedade atual exige -, impõe-se analisar que o espírito do nosso tempo vem moldado por dois grandes discursos: “no campo filosófico, a filosofia da linguagem, fundando a noção de alteridade. No campo sociológico, a noção de sociedade de risco”.<sup>299</sup>

### 3.1.1. Filosofia da Linguagem e Bens Jurídicos Coletivos

A filosofia da linguagem, que se funda na noção de mundo através da ação comunicativa, exige para sua configuração ao menos dois atores: um emissor e um receptor, motivo pelo qual se impõe obrigatoriamente a percepção do outro. Aí se encontra a semente de uma característica social atual: a alteridade.

A base da ação comunicativa – os signos – “só emergem, decididamente, do processo de interação entre uma consciência individual e uma outra”<sup>300</sup>, o que implica reconhecer que a consciência só se torna consciência no processo de interação social.

Os signos somente podem configurar-se em um terreno interindividual, não bastando, porém, colocar face a face dois indivíduos quaisquer para que tais signos se constituam: é necessário que esses dois indivíduos estejam organizados socialmente, fato que comprova que “a consciência individual não só nada pode explicar, mas, ao contrário, deve ela própria ser explicada a partir do meio ideológico e social”.<sup>301</sup>

Na base da ação comunicativa, minha existência só se explica na medida em que os outros me percebam. Neste sentido, eu não existo sem os outros. Cada indivíduo depende do outro para ser percebido como existência. Somos, a um só tempo, eu e outro, numa interdependência recíproca. Para outrem, eu sempre sou outro. Reconhecendo o outro em mim, percebo-me

<sup>299</sup> GUARAGNI, Fábio André. **Da Tutela Penal de Interesses Individuais aos Supraindividuais: Dialogando com Beccaria**, p. 52.

<sup>300</sup> BAKHTIN, Mikhail. **Marxismo e Filosofia da Linguagem: Problemas fundamentais do Método Sociológico na Ciência da Linguagem**. São Paulo: Hucitec, 1995, p. 34.

<sup>301</sup> **Idem**, p. 35.

como igual e encaminho uma perspectiva de universo oposta ao egocentrismo cartesiano. De fato, reconhecer o outro em mim implica fundar um universo de maior solidariedade e compreensão.<sup>302</sup>

Assim, a filosofia da linguagem baseada na ação comunicativa vai de encontro ao pensamento cartesiano do “penso, logo existo”, em que o indivíduo dependia tão somente dele próprio para a existência, e rumo à alteridade e ao reconhecimento da coletividade.

Se o que é dotado de sentido (jurídico, social, ou de qualquer ordem) somente pode ser determinado através de um processo de comunicação, de interação, de compartilhamento de regras, a demonstração da condição de cidadania, depende deste processo, depende de interação, depende de reconhecer-se no outro. Assim, temos que a própria legitimidade do direito dependerá necessariamente da adoção de uma postura em que a expressão da democracia se dê dentro de um processo discursivo.<sup>303</sup>

Com a ação comunicativa, o indivíduo só existe na medida em que é percebido pelos demais, através da linguagem e da comunicação. Desse modo, a Filosofia da Linguagem chega também à porta do Direito – como um todo – e, mais especificamente, do Direito Penal, alertando: “direito, atenta para a proteção de interesses que sejam comuns a todos nós! Afinal, a existência minha depende da do outro.”<sup>304</sup>

Em resposta, o direito, como um todo, e também o Direito Penal, joga especial luz aos interesses coletivos (supraindividuais)<sup>305</sup>. E, note-se, justa-

---

<sup>302</sup> GUARAGNI, Fábio André. **Da Tutela Penal de Interesses Individuais aos Supraindividuais: Dialogando com Beccaria**, p. 54.

<sup>303</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. BUSATO, Paulo César. **Crítica ao direito penal do inimigo**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, p. 219. E, citando Franz J. HINKELAMMERT, os autores acrescentam que “cada vez mais o respeito pela vida do outro transforma-se na única garantia possível para salvar a própria vida. Não haverá arca de Noé para alguns. Ou todos cabem, ou ninguém. Com certeza, se quisermos sobreviver como humanidade, teremos de repropor um novo universalismo humanista de raízes corporais. Isso aponta para a única atitude humana compatível com a vida”.

<sup>304</sup> GUARAGNI, Fábio André. **Da Tutela Penal de Interesses Individuais aos Supraindividuais: Dialogando com Beccaria**, p. 57.

<sup>305</sup> Não é coincidência que a lei que disciplina a ação civil pública, a fim de tutelar o meio ambiente, o consumidor, os bens e direitos de valor artístico, histórico, turístico e paisagístico, seja de junho de 1985. Que o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078) seja de setembro de

mente esses bens jurídicos coletivos são objeto de tutela das leis penais em branco, conforme restou demonstrado no capítulo 2 do presente estudo.

### 3.1.2. Estado X Corporações: quem detém o poder?

No campo sociológico, o espírito do tempo aponta para a existência de uma sociedade de traços peculiares. Pode-se aqui tratá-la por sociedade pós-moderna, Sociedade de Risco, sociedade pós-industrial ou qualquer outro termo que faça referência à sociedade contemporânea.

Não é unívoca a designação do momento pelo qual passa a sociedade ocidental e, em boa medida, mundial. Porém, há todo um traçado de características distintivas do atual universo social daquele existente no começo do século XX que as análises sociológicas apontam com frequência.<sup>306</sup>

A sociedade contemporânea é fruto do desenvolvimento do modelo econômico que surge na revolução industrial, e se aprimora com a revolução tecnológica, sua “herdeira legítima e única”.<sup>307</sup> Se caracteriza fundamentalmente pela imprevisibilidade, pelo surgimento e incremento dos riscos, pelo sentimento generalizado de insegurança, pela globalização, pela integração supranacional, pelo predomínio do econômico sobre o político, pela maior relevância do crime macrosocial, etc.<sup>308</sup>

Todas essas características produzem (inevitáveis) reflexos na ciência penal, tão bem mencionadas, por exemplo, por Jesús-María SILVA SAN-

---

1990. Que a lei que define crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo, nº 8.137, seja de dezembro de 1990. Que a lei que dispõe sobre as sanções penais contra o meio ambiente – lei nº 9.605 -, seja de fevereiro de 1998. É sabido que já havia bens jurídicos coletivos tutelados penalmente em momento anterior à Filosofia da Linguagem – como é o caso, por exemplo, dos crimes contra a economia popular -, porém, com esta, tais bem jurídicos ganharam especial relevo e proteção.

<sup>306</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco. In **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº 61, 2006, p. 47.

<sup>307</sup> BUSATO, Paulo César. O Direito Penal e os Paradigmas da Revolução Tecnológica. In **Reflexões sobre o Sistema Penal do Nosso Tempo**, p. 500.

<sup>308</sup> FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, sociedade de risco e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns**. Coimbra: Almedina, 2001, p.15.

CHÉZ em sua obra “A Expansão do Direito Penal – Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais”.<sup>309</sup>

Assim, é notório que o Direito Penal, diante dos “riscos” (de grande extensão e baixa possibilidade de previsão), reconheça novos bens jurídicos como merecedores da proteção penal, que antecipe a sua tutela aos bens jurídicos tutelados, inflacionando o ordenamento jurídico com tipos penais de perigo, em especial, de perigo abstrato. Que crie novas modalidades de punição, como é o caso dos chamados “crimes por acumulação”. Que, no intuito de aplacar a sensação de insegurança generalizada que domina a sociedade, o Direito Penal lance mão com frequência de sua função simbólica. Que, diante do ganho de poder das empresas, o Direito Penal cogite a punição (criminal) das pessoas jurídicas.

Os reflexos da sociedade contemporânea no Direito Penal são tantos e tão relevantes que cada um enseja amplo e aprofundado estudo. Tema que se revela indispensável ao presente tema, porém, é a mudança das agências de poder, que eram públicas e territoriais e tornaram-se privadas e transnacionais.

A empresa ou corporação figura como cerne do exercício de um poder planetário, forjado sobre um comércio globalizado, intensificado pelo modelo hegemônico do capitalismo. O discurso do poder, nestes termos, tornou-se menos político e mais econômico.<sup>310</sup>

É necessário reconhecer que o discurso iluminista, defendido (ou manipulado?) pela burguesia, que conquistou a limitação do poder do Estado através do próprio princípio da legalidade e a “liberdade e igualdade” (negociáveis), redundaram na subordinação do poder estatal ao poder econômico.

A sociedade que temos hoje é herdeira direta das circunstâncias que estabelecemos no período das revoluções. (...) O

---

<sup>309</sup> SILVA SANCHÉZ. Jesús-Maria. **A Expansão do Direito Penal – Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>310</sup> GUARAGNI, Fábio André. **Da Tutela Penal de Interesses Individuais aos Supraindividuais: Dialogando com Beccaria**, p. 57.

momento de libertação burguesa traduziu-se na ascensão da dimensão econômica sobre o controle estatal. Se na era medieval o soberano tinha um absoluto controle sobre a economia e esta se libertou durante os processos revolucionários oriundos do Iluminismo é certo que hoje o Estado é quem se dobra perante as exigências econômicas.<sup>311</sup>

A Revolução Industrial, aliada à Revolução Tecnológica (nas máquinas de produção, nos transportes, nas comunicações) e à globalização (organização da produção em escala mundial) impulsionou sobremaneira o capitalismo nos moldes hoje conhecido. “Esta estrutura fez com que as grandes corporações, apoiadas por governos de direita, das principais potências econômicas mundiais, assumissem dimensões que ultrapassaram os limites dos Estados-nações.”<sup>312</sup>

Efetivamente, hoje (início do Séc. XXI) a sociedade assenta sobretudo no mercado e na informação e quem os detém em larga escala são as redes de empresa (grandes corporações). Afora isso, a sociedade está (irreversivelmente?) marcada pelo consumo – inclusive com a perigosa constatação de que se precisa “ter” para “ser”. E o consumo, claro, depende das grandes empresas e corporações.

“É, de facto, indiscutível o poder que as empresas têm em todo o mundo, algumas das quais chegam mesmo a ter um PIB (produto interno bruto) superior ao de muitos Estados”.<sup>313</sup>

<sup>311</sup> BUSATO, Paulo César. O Direito Penal e os Paradigmas da Revolução Tecnológica. In **Reflexões sobre o Sistema Penal do Nosso Tempo**, p. 498.

<sup>312</sup> *Idem*, *Ibidem*.

<sup>313</sup> “Para termos uma ideia do que falamos, nada melhor do que atender a um estudo – fonte: *Courrier International*, publicado na edição do jornal “O Público”, de 2 de novembro de 1999 – que foi divulgado por ocasião da reunião da OMC (Organização Mundial de Comércio), em Seattle, em Novembro de 1999, sobre as 60 maiores potências econômicas do mundo, incluindo Estados e empresas. Assim, de acordo com aquele estudo, os Estados Unidos da América ocupam o 1º lugar com um PIB de 7745,7 milhares de milhões de dólares – doravante os valores do PIB serão expressos em milhares de milhões de dólares -, em 2º lugar o Japão, com 4201,6, em 3º lugar a Alemanha, com 2100,1, seguindo-se depois a França, o Reino Unido, a Itália, etc., figurando a Espanha em 10º lugar, com 531,4. Ora, em 23º lugar situa-se a General Motors (EUA), com 178,2, seguido da Dinamarca, com 161,1; mais adiante, em 26º lugar, está a Ford Motor (EUA), com 153,5, seguido da Noruega, com 153,4; a Sumitomo, do Japão, está em 40º lugar, com 102,4, seguida da Malásia, com 97,4 e de Portugal, com 97,4; a Daimler Benz (Alemanha) está em 56º lugar, com 71,5, a British Petroleum (Reino Unido), em 57º, com 71,2, seguido da Venezuela, com 67,3, fechando este conjunto, em 59º lugar, o Grupo Volkswagen (Alemanha), com 65,3 e em 60º lugar a Nova Zelândia, com 65,0. Note-se que, de entre

Há grandes empresas, então, em situação superior a de Estados. Porém, mesmo quando o Estado possui alta capacidade econômica, em seu território estão localizadas as corporações que contribuem significativamente com o seu PIB. Estas corporações, por sua vez, e face à globalização, estreitam relações com empresas localizadas em outros Estados, cujos PIBs também dependem da contribuição destas.

Logo, perante todo este cenário, é impensável admitir que os Estados serão os únicos a regulamentar. Os Estados hoje, em muitos casos, não só têm de negociar com as empresas, como também têm de permitir – porque não têm outro remédio – que as próprias empresas regulamentem, num sistema de autoregulação.<sup>314</sup>

Tal situação guarda íntima ligação ao processo de privatização e de globalização de setores estratégicos da vida económico-social, intensificada no final do séc. XX, que resultou na transferência de poder anteriormente pertencente ao Estado para o ambiente corporativo privado. Ao transferir setores como, por exemplo, as telecomunicações, transportes públicos, gerenciamento de rodovias, ferrovias, aeroportos, fornecimento de água e luz, serviços de saúde e educação, o Estado acabou por renunciar à posição ativa de fornecedor de produtos e serviços para assumir o papel de gerenciador dos mesmos.<sup>315</sup>

As atividades deslocadas para o setor privado experimentaram significativa expansão e desenvolvimento (“desterritorializaram-se”, inclusive), passando o Estado a encontrar, inclusive, dificuldades em seu novo papel (limitado territorialmente) de agência de controle.<sup>316</sup>

---

este grupo de 60 Estados e empresas, 18 são empresas, sendo certo que a mais bem classificada – a General Motors – se situa à frente de 19 Estados, alguns dos quais com um PIB muito inferior.” FERNANDES, Paulo Silva. **Op. Cit.**, p.17. Saliente-se, somente, que tais resultados foram obtidos em pesquisa realizada em 1999. Se outra fosse realizada em 2011, certamente o poder das grandes empresas e corporações restaria ainda mais comprovado. Indício dessa assertiva é que “Os Estados Unidos, por exemplo, já dão sinais inequívocos de decadência. Sua dívida pública é a maior do mundo”. CABRAL, Plínio. **A Falência do Estado Moderno**. São Paulo: Escrituras, 2005, p. 91.

<sup>314</sup> FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, sociedade de risco e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns**. Coimbra: Almedina, 2001, p.18.

<sup>315</sup> GUARAGNI, Fábio André. **Norma penal em branco, tipos abertos, elementos normativos do tipo e remissões a atos concretos de autorização administrativa: o panorama político-criminal comum, distinções e repercussões relativas ao princípio da reserva legal**.

<sup>316</sup> Idem.

Mas o que significa, exatamente, o reconhecimento de que, hoje, as grandes corporações possuem tanto – ou às vezes até mais – poder do que os próprios Estados?

Significa que houve uma completa inversão da época em que as bases ideológicas do princípio da legalidade foram traçadas para a sociedade contemporânea. Quando do pensamento iluminista, havia, de um lado, o Estado – cujo poder, à época, era absolutamente ilimitado, por conta das monarquias absolutistas -, e, de outro, os indivíduos que começavam a ser colocados em foco (antropocentrismo). A intenção – seja do discurso oficial, seja das razões burguesas reais – era a limitação do poder do Estado. Perdia em poder o Estado, ganhava em poder o indivíduo.

Na sociedade contemporânea há que se reconhecer que Estado e homem não mais estão sozinhos. Existem as grandes empresas, detentoras do poder - que hoje reside no poderio econômico e de informação.

Se à época das teorias iluministas o pensamento cartesiano e a idéia central do contrato social colocavam em evidência a tutela dos bens jurídicos individuais – a tríade vida, liberdade e patrimônio -, hoje a filosofia da linguagem, através da ação comunicativa, exalta a alteridade e o direito, em resposta, reconhece como merecedores de tutela bens jurídicos coletivos.

Em outras palavras: parece inadequado discutir as leis penais em branco face ao princípio da legalidade considerando tão somente as suas bases ideológicas e “garantias conquistadas a duras penas”.

A um pois, nesse caso, estaria-se assumindo posição ingênua a respeito do que verdadeiramente significou a libertação econômica advinda da Revolução Francesa, acentuada com a Revolução Industrial e cada vez mais e mais enfatizada com a globalização. BUSATO aponta como provável fonte, ainda que não a única, da indesejada atual situação do direito penal, “uma escolha pretérita de orientação social e política”, justamente “a Revolução Burguesa”.<sup>317</sup>

A dois pois, ao se insistir unicamente na preocupação de limitar o poder estatal, estar-se-ia ignorando que o Estado, hoje, não possui mais o po-

---

<sup>317</sup> BUSATO, Paulo César. **O Direito Penal e os Paradigmas da Revolução Tecnológica**, p. 485.



der que possuía quando das monarquias absolutistas. “A globalização provocou a substituição da política pelo mercado. Este passou a ser a mais alta instância de regulação social, esvaziando o controle formal dos Estados.”<sup>318</sup>

Ou seja, estaria-se apostando todas as fichas e concentrando todos os esforços naquele que já parece, de certa forma, mais limitado e enfraquecido<sup>319</sup>. Não se está aqui a sugerir um retrocesso, mas tão somente o reconhecimento de que o indivíduo, hoje, não deve ser protegido tão somente face ao Estado.

Grandes corporações, detentoras do poder (econômico), exploram trabalhadores. Empresas, preocupadas com mais lucro, utilizam máquinas e produtos que poluem sobremaneira o meio ambiente em que todos vivemos. Grandes fabricantes farmacêuticos, preocupados mais com a expansão do negócio e menos com a saúde dos consumidores, lançam ao mercado remédios sem a realização dos devidos testes.

Poucos exemplos, mas o bastante para demonstrar que, por vezes, o Estado – antigo e ainda atual detentor de poder - atuará no intuito de limitar o – recém adquirido, mas significativo - poder das grandes corporações. Por isso GUARAGNI estabelece que é necessário:

Refazer o discurso jurídico-penal de modo a conter a agência de poder e o modo como o exerce é, hoje, não mais conter o poder do monarca absoluto que, através do poder punitivo, promovia um espetáculo em que o suplício do corpo simbolizava a grandeza de seu poder. É obstar o poder de um outro monarca, que é a megacorporação industrial e comercial. Seu agigantamento exige contenção, sob pena de um novo absolutismo.<sup>320</sup>

---

<sup>318</sup> AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea – dogmática**, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 51.

<sup>319</sup> “O Estado, enquanto agência de controle, situa-se como titular de uma potestade enfraquecida, anacrônica por razões variadas, como o fato de operar em áreas territorialmente demarcadas, mediante uma burocracia lenta e escalonada. O choque com a atividade pretensamente controlada, caracterizada por não ter um sujeito preso a uma zona territorial bem definida (ao contrário, a transnacionalidade é sua marca) e extremamente ágil, é evidente.” GUARAGNI, Fábio André. **Da Tutela Penal de Interesses Individuais aos Supraindividuais: Dialogando com Beccaria**, p. 60.

<sup>320</sup> *Idem*, p. 64.

E há ainda uma terceira razão, pois, se se teimar em ancorar o Direito Penal no modelo social que deu ensejo aos pensamentos iluministas, fundamentos últimos do princípio da legalidade penal, tal significará “a confissão resignada de que ao direito penal não pertence nenhum papel na protecção das gerações futuras”.<sup>321</sup>

Sim, porque o Direito Penal clássico, interpretado de acordo com o conceito também “clássico” de princípio da legalidade, não consegue apresentar respostas para o novo modelo social. Não à toa FIGUEIREDO DIAS refere-se à necessidade de conceber um direito penal de novas bases, construído sobre um contrato social refundado.<sup>322</sup>

Assim, não se está a ignorar as garantias conquistadas com o Iluminismo. Deve-se, é claro, manter a funcionalização do Estado a partir dos cidadãos, e não os cidadãos a partir do Estado. O poder estatal deve continuar limitado e o princípio da legalidade continuar sendo a pedra angular do Estado Democrático de Direito.

Mas este exige ser *interpretado de acordo com o espírito do nosso tempo*: uma sociedade de riscos, em que o poder económico e a informação determinam os poderosos e, portanto, Estados perdem poder para grandes empresas e, finalmente, indivíduos continuam em foco, porém, não mais auto-suficientes, reconhecendo-se a importância da tutela de bens jurídicos transindividuais.

É diante dessa realidade – e não com a roupagem de três séculos atrás – que se passa a analisar a (in) compatibilidade das leis penais em branco com a garantia formal e as garantias materiais decorrentes do princípio da legalidade.

### 3.2. LEIS PENAIS EM BRANCO E GARANTIA FORMAL DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL

<sup>321</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. In **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 33, 2001, p. 45.

<sup>322</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal – Parte Geral. Tomo I**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 130.

O pensamento iluminista deixou como herança, conforme visto no Capítulo I, a tripartição dos poderes. MONTESQUIEU, diante da crença que de que todo aquele que detém o poder tende a dele abusar, estabelece que o poder deve frear o próprio poder, motivo pelo qual este deveria ser dividido e jamais concentrado no mesmo homem ou mesmo órgão.

A tripartição de poderes guarda íntima ligação com a garantia formal – também chamada, por parte da doutrina, de garantia política – do princípio da legalidade penal. Isso porque, em homenagem ao princípio da soberania popular, apenas o Legislativo – e não o Executivo ou Judiciário -, através de sua legitimidade democrática, teria o condão de estabelecer condutas criminosas e suas respectivas penas.<sup>323</sup>

É clara a tendência do Legislativo (representante legítimo do povo) – inserido em um contexto embebido das teorias do contrato social – preponderar sobre o Executivo, que abraça uma função meramente instrumentalizadora e aplicadora de leis, e sobre o Judiciário, vez que os magistrados ficam amarrados à letra da lei.

Locke discorria, no seu Segundo ensaio sobre o governo civil, ser o Poder Legislativo Supremo, quer pelo fato de nenhum outro ser suscetível de fazer emanar leis, quer por condensar na norma o consenso da coletividade. Rousseau, em seu O contrato social, identificando a lei com o “exercício da vontade geral”, postula ser o Legislativo o único poder soberano e superior, sendo o verdadeiro coração do Estado.<sup>324</sup>

Agarrada à noção de princípio da legalidade penal nos termos de sua origem, a doutrina aponta como principal argumento de inconstitucionali-

---

<sup>323</sup> “El principio de legalidad enlaza de esta manera – con su reserva a favor del poder legislativo de las decisiones básicas en materia penal – con el principio de separación de poderes, pues se impide que sean los poderes ejecutivo o judicial los que decidan acerca de aquellos extremos; e impide también que el legislativo, con reserva de lo que a continuación se precisará, pueda delegar sus funciones en ninguno de los dos poderes.” FRÍAS, Irene Navarro. **Op. Cit.**, p. 37.

<sup>324</sup> GOMES, Mário Soares Caymmi. Crise do Conceito de Legalidade: Aproximações. In **Revista de Direito Privado**, vol.21, 2005, p. 198.

dade das leis penais em branco a violação, justamente, da garantia formal decorrente do referido princípio.<sup>325</sup>

O Poder Legislativo é o único que tem a atribuição de ditar leis penais. Pode delegar essa faculdade ao poder executivo? (...) Geralmente essa passagem inconstitucional de funções é sutil; se confecciona uma lei que prevê a pena a ser aplicada e se decide que é a Administração quem resolve sobre os elementos essenciais da conduta proibida, olvidando que a única que se encontra autorizada a defini-la, com ou sem delegação, é a regulamentação legislativa.

Delegar a um órgão especializado a descrição concreta da conduta a ser sancionada, definindo o legislador somente a pena que se aplicará, está absolutamente proibido, a delegação expressa do poder originário carece de qualquer valor já que é uma faculdade que não resulta permutável e nem delegável.<sup>326</sup>

<sup>325</sup> Aqui cabe uma ressalva: a doutrina majoritária assume o conceito amplo de leis penais em branco, ou seja, adota a posição de que seriam leis penais em branco tanto aquelas leis que fazem remissão à mesma lei penal e a leis diversas, mas de mesma hierarquia, quanto aquelas que fazem remissão à atos inferiores e não legislativos. Também majoritariamente aduz que o problema de inconstitucionalidade reside justamente nas leis penais em branco em sentido estrito (próprias ou heterogêneas), que são as que remetem a sua complementação para instância inferior.

Este trabalho, em seu Capítulo 2, pretendeu estabelecer um conceito fundamentado de lei penal em branco. Concluiu que a divisão entre leis penais próprias e impróprias, ou homogêneas e heterogêneas é equivocada. Leis penais em branco – pelos seus próprios fundamentos – são somente aquelas que fazem remissão à instância não legislativa.

Com isso, e por não considerar leis penais em branco as leis que remetem a outros atos legislativos (sejam de mesmo nível ou inferiores), muito menos as leis que fazem remissão ao mesmo ato, a análise se restringe à garantia formal do princípio da legalidade face àquelas leis que remetem seu complemento ao Executivo.

Em verdade, tal análise não acarretará substancial diferença prática, uma vez que a doutrina admite o conceito amplo de leis penais em branco, as diferencia entre homogêneas e heterogêneas e então aceita, de regra, as homogêneas como constitucionais, apontando que o maior problema face à garantia formal do princípio da legalidade reside nas leis penais em branco heterogêneas. Muito embora o presente trabalho conceitue as leis penais em branco de modo a rejeitar tal classificação, o próprio conceito aqui estabelecido acaba, de certo modo, coincidindo com o conceito de leis penais em branco heterogêneas. Só não se pode dizer que essa coincidência seja total, pois para a doutrina a modalidade heterogênea abrange todas as leis penais que façam remissões a instâncias inferiores. Já este trabalho admite como lei penal em branco tão somente aquela que faça remissão à instância não legislativa.

<sup>326</sup> Tradução livre: “El Poder Legislativo es el único que tiene la atribución de dictar leyes penales. Puede delegar esa facultad al poder administrador? (...) Generalmente este traspaso inconstitucional de funciones es sutil; se confecciona una norma que prevé la pena a aplicar y se decide que sea el administrador quien resuelva sobre los elementos esenciales de la conducta prohibida, olvidando que lo único que se encuentra autorizado a definir con o sin delegación es la reglamentación de lo legislado. Delegar a un órgano especializado la descripción concreta de la conducta a sancionar definiendo el legislador sólo la pena que corresponderá aplicar está absolutamente prohibido, la delegación expresa del poder originário carece de valor alguno ya que es una facultad que no resulta canjeable ni delegable.” NERCELLAS. Marta E. Derecho Penal Económico y Leyes Penales en Blanco. In **Derecho Penal Económico – Tomo I**. Coord. Ramiro E. Rubinska, Daniel Schurjin Almenar. Buenos Aires: Marcial Pons, 2010, p. 421.

A doutrina sustenta, portanto, a afronta ao art. 22, I, da Constituição Federal, que estabelece a reserva legal da matéria penal, constituindo a lei penal em branco uma delegação legislativa constitucionalmente proibida.

Interessa notar, porém, que mesmo os pensadores iluministas que formaram a base ideológica do princípio da legalidade (e da tripartição dos poderes com supremacia do Legislativo) previam exceções à limitada atuação do poder executivo, como no caso de LOCKE admitir que “existe uma margem para que o Executivo possa decidir em muitos casos em que as leis nada prescrevem” e no caso de ROUSSEAU admitir ser lícito à Assembléia Popular entregar o comando do Estado a quem “faça calar todas as leis e suspenda por momentos a autoridade soberana”, confiando plenamente na devolução do poder extraordinário quando cessasse o período de necessidade.<sup>327</sup>

Essas exceções já constantes do pensamento liberal, foram avolumadas na sociedade contemporânea, ao ponto de se difundir uma suposta crise da lei e do próprio princípio da legalidade (aqui, em especial, da sua garantia formal).

Mediante a imposição do nosso espírito do tempo, é possível afirmar que o princípio da legalidade não mais se entende, e isso parece ser natural, nos estritos termos que assumia quando do pensamento ilustrado.

Em nosso tempo, o paradigma da ciência penal tem mudado substancialmente. (...) A moderna hermenêutica tem demonstrado que a aplicação da lei vai além da pura análise do teor literal do texto legal, “a letra da lei não oferece mais o ponto de partida e o limite máximo de interpretação da norma”. Em nosso tempo, então, se fala de uma dogmática aberta, criadora, teleológica ou funcional. (...) Por isso, se assiste a uma notória transformação da natureza epistemológica da dogmática penal. Isto impõe, dentro outros efeitos, a necessidade de relaxar o rigor literal do princípio da legalidade que, inevitavelmente, há de restar mais como marco supremo do que como exclusão de fontes distintas à lei formal.<sup>328</sup>

<sup>327</sup> GOMES, Mário Soares Caymmi. **Op. Cit.**, p. 198.

<sup>328</sup> Tradução livre: En nuestro tiempo, el paradigma de ciencia penal ha cambiado substancialmente. (...) La moderna Hermenéutica ha demostrado que la aplicación de la ley va más allá del puro análisis del tenor literal del texto legal, “La letra de la ley no ofrece más que el punto de partida y el límite máximo de la interpretación de la norma.” En nuestro tiempo entonces, se habla de una *dogmática abierta, creadora, teleológica o funcional*. (...) Por eso, se assiste a una

Uma imediata consequência da referida mudança recai justamente sobre as técnicas legislativas e a separação de poderes. Se o pensamento iluminista homenageava técnicas de tipificação que prevíssem leis precisas, simples e facilmente compreensíveis (e com isso realizava a completa divisão entre os poderes, pois o legislativo promulgava as leis que eram simplesmente aplicadas pelo judiciário e executivo), hoje há – inevitavelmente – utilização de conceitos valorativos, normativos, culturais, tipos penais abertos, leis penais em branco (e, portanto, se embaçam os limites que separam os poderes).<sup>329</sup>

A tripartição dos poderes – que contava com a evidente supremacia do Legislativo – abriu espaço a um Estado com fronteiras menos demarcadas no que tange a tal repartição. As razões, sem pretensão de exaustividade, parecem estar na intervenção dos partidos políticos<sup>330</sup>, na neocorporativização da decisão política<sup>331</sup>, no caminhar (apressado) de uma sociedade que não consegue ser acompanhada pelo poder Legislativo, obrigando-o, sob pena de ser ineficiente desde sempre, a permitir certa participação ao poder Judiciário (através de tipos penais abertos ou elementos normativos do tipo, por exemplo) e ao Executivo (através de leis penais em branco, para o que aqui interessa).

O princípio da separação de poderes não se entende atualmente, ao modo dos ilustrados, como uma rígida separação de esferas de competência dos três poderes do Estado. Pelo contrário, esta estrita concepção ilustrada de separação de poderes tem estado submetida a um processo constante de relativização, que resultou no fato de que na atualidade cada um dos três poderes do Estado realiza funções que até então estavam

---

notoria transformación de la naturaleza epistemológica de la dogmática penal. Esto tiene entre otros efectos la necesidad de relajar el rigor literal del principio de legalidad que inevitablemente ha de quedar como marco supremo más que como exclusión de fuentes distintas a la ley formal. YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **Op. Cit.**, p. 644.

<sup>329</sup> **Idem**, p. 646.

<sup>330</sup> “Estes organismos de coordenação política ganharam tamanha dimensão nos Estados atuais que “monopolizaram o coração do sistema político, isto sem se submeterem à separação funcional dos Poderes, funcionam como centros de recrutamento dos titulares dos Poderes Legislativo, Executivo e até Judicial (...)” GOMES, Mário Soares Caymmi. **Op. Cit.**, p. 198.

<sup>331</sup> “Na medida em que os debates legislativos ficaram empobrecidos pela força dos grupos econômicos, religiosos, profissionais, que tendem a monopolizar e a centralizar o debate, quer elegendo seus próprios representantes, quer através da “indústria dos lobbies” (expressão nossa), transformou-se o processo legislativo num mero veiculador das teses dominantes, identificando-se a justiça na norma no equivalente ao consenso das corporações.” **Idem. Ibidem**.

vedadas por entenderem-se como funções exclusivas de algum dos outros poderes.<sup>332</sup>

Não se está aqui afirmando que o princípio da legalidade perdeu sua importância (nem sequer parte dela). Nem tampouco se está a afirmar que o caminho certo é a proliferação das leis penais em branco, dos tipos penais abertos e dos elementos normativos do tipo. De forma alguma. O que aqui se está registrando é que a interpretação do princípio da legalidade, inserido no espírito do tempo da sociedade contemporânea, admite, e parece que de modo forçoso, algumas técnicas legislativas inadmissíveis (até pois prescindíveis) à época em que teve seus traços originários traçados.

Como costuma dizer parte da doutrina, as leis penais em branco são um “mal necessário” e, como todo mal necessário, são admitidas, porém evitadas ao máximo.

Por tudo isso, atualmente se considera que a divisão dos poderes só é violada se um dos poderes interfere no núcleo de competências dos outros. Em matéria penal isto significa que o legislador, por ser o democraticamente e constitucionalmente legitimado para tanto, deverá adotar as decisões de instituir crimes e penas, “mas não implica que a jurisprudência resta excluída totalmente deste âmbito; como tampouco implica que o executivo não possa participar em temas legislativos para dar um conteúdo definitivo a uma regulação penal, como ocorre, por exemplo, com as leis penais em branco.”<sup>333</sup>

O poder que outrora foi dividido, de acordo com a magna divisão tripartida, pelo executivo, pelo deliberativo e pelo judicial, funcionando num equilíbrio perfeito, deu lugar, no Estado providência, à intensificação do poder executivo, como não poderia deixar de ser, poder esse que, compreendendo hoje que os actores principais no mercado já não são os indivíduos, nem tão pouco as classes, mas sim as organizações, permite – por-

---

<sup>332</sup> Tradução livre: “El principio de separación de poderes no se entiende actualmente, al modo de los ilustrados, como una rígida separación de esferas de competencia de los tres poderes del Estado. Por el contrario, esta estricta concepción ilustrada de la separación de poderes ha estado sometida a un proceso constante de relativización, que ha llevado a que en la actualidad cada uno de los tres poderes del Estado realice funciones que antaño la estaban vedadas por entenderse como funciones exclusivas de alguno de los otros.” FRÍAS, Irene Navarro. **Op. Cit.**, p. 38.

<sup>333</sup> **Idem. Ibidem.**

que não tem outro remédio – que o eixo do poder passe pelas empresas e pelos organismos.<sup>334</sup>

Daí depreende-se que as leis penais em branco podem ser constitucionais perante uma nova visão da garantia formal do princípio da legalidade. E aqui está um ponto crucial. As leis penais em branco não são, de plano, constitucionais perante o princípio da legalidade no contexto da sociedade contemporânea. Mas podem ser.

A competência para tratar de matéria penal, constitucionalmente definida, é, inquestionavelmente, do Poder Legislativo. Se o Poder Executivo interfere nesse núcleo de competência, instituindo crimes e penas, presente está a inconstitucionalidade.

(...) A lei penal em branco seria inconstitucional se dissesse: “Será punido com... aquele que cometa ações contra a honra das pessoas, nos casos em que o Poder Executivo assim determine por decreto”. Neste caso haveria uma delegação de funções legislativas não autorizada pela CF, porque entre as atribuições constitucionais do Poder Executivo não se inclui a determinação dos casos em que devem ser punidas as ações contra a honra.

O Poder que completa a lei penal em branco deve ter o cuidado de respeitar a natureza das coisas porque, do contrário, através de tal recurso pode ser mascarada uma delegação de competências legislativas penais. Assim, por exemplo, o Executivo não pode incluir o café na lista de substâncias entorpecentes, como tampouco incluir o vinho. Nem mesmo poderia incluir um rifle de ar comprimido entre as armas de guerra.<sup>335</sup>

Assim, se o Poder Legislativo assume as decisões acerca da instituição do crime e da pena e, assim, prevê o máximo possível do preceito (pressuposto) e a sanção, deixando a cargo do Poder Executivo tão somente matéria que, pela sua própria natureza (de dinamismo e complexidade, por exemplo) impossibilita o tratamento legislativo, está-se diante de lei (penal em branco) possivelmente constitucional.

<sup>334</sup> FERNANDES, Paulo Silva. **Op. Cit.**, p. 17.

<sup>335</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Op. Cit.**, p. 427.



Admite-se, inclusive, que as leis penais em branco estejam – à primeira vista - mais próximas da inconstitucionalidade do que da constitucionalidade. E então, em uma visão mais cuidadosa (da real necessidade das mesmas – o que será aferido pelos seus próprios fundamentos – e do modo como foram construídas), as leis penais em branco podem “conquistar a sua constitucionalidade”.

Com efeito, existe, todavia, a alternativa de aceitar a compatibilidade das leis penais em branco com o princípio da legalidade, quando na consagração e aplicação daquelas se cumprem certas exigências que garantem suficientemente o cumprimento das funções políticas atribuídas a este, tanto no plano formal quanto material.<sup>336</sup>

Em outras palavras: *prima facie*, as leis penais estão mais próximas da inconstitucionalidade. Se necessárias e cumpridoras de requisitos que visam respeitar o princípio da legalidade, ainda pedra angular do direito penal, adquirem status de constitucionais.

O primeiro requisito – frente à garantia formal do princípio da legalidade – é que o próprio legislador preveja na lei penal em branco a sanção (o que torna inconstitucional as leis penais em branco ao revés) e o máximo do núcleo essencial da proibição.

Esse critério não constitui nenhuma novidade, vez que o Tribunal Constitucional Espanhol, quando da análise de constitucionalidade das leis penais em branco, instituiu tal exigência – ecoada, posteriormente, por parcela da doutrina.<sup>337</sup>

Porém, há o acréscimo da exigência de que o legislador deve prever “o máximo” do núcleo de proibição: só são constitucionais as leis penais nas quais o “branco” fica a cargo de complementação pelo poder executivo, por

<sup>336</sup> Tradução livre: “En efecto, existe todavía la alternativa de aceptar la compatibilidad de las leyes en blanco y el principio de legalidad, cuando la consagración y aplicación de aquellas se cumplen ciertas exigencias que garantizan suficientemente el cumplimiento de las funciones políticas atribuídas a este, tanto en el plano *formal* como *material*.” CURY, Enrique. **Op. Cit.**, p. 58.

<sup>337</sup> O Tribunal Constitucional Espanhol, através da Sentença nº 127/1990, estabeleceu que as leis penais em branco são constitucionalmente admissíveis quando respeitados alguns requisitos, dentre os quais, “que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición”.

absoluta necessidade. Embora o critério da “absoluta necessidade” costume provocar desânimo pela subjetividade, aqui se está a referir a algo concreto: os fundamentos das leis penais em branco.

A formação de uma sociedade dominada pela técnica e pela ciência, onde o tempo “adquiriu velocidade”, passou a exigir um lapso muito curto na atendibilidade das exigências acima indicadas, rito este que não se harmoniza com o Legislativo, dominado pela burocracia como forma de permitir o debate pelos membros do Congresso Nacional, Assembléias Estaduais ou Vereanças. Além do mais, o recurso do Executivo a especialistas, de quem se sentem os governantes cada vez mais tributários em questões específicas como engenharia genética, crise de produção de energia, equilíbrios fiscal e monetário, não se coaduna com a participação dos leigos representantes do povo visto que as Casas onde laboram não é composta “de especialistas, e sim de mandatários eleitos”.<sup>338</sup>

Apenas são legítimas, então, aquelas leis cuja remissão façam referência especificamente à matéria que possibilitará a flexibilização e atualização da lei penal em branco, assim como o tratamento adequado de matéria técnica ou por demais específicas. Remissões baseadas em quaisquer outros argumentos – ou remissões que constituam um passe livre ao poder executivo – perdem sua legitimidade.

Neste campo, a Corte argentina reconheceu que em matérias que “apresentam contornos ou aspectos peculiares, distintos e variáveis que impeçam ao legislador prever antecipadamente a concreta manifestação que tenderiam os fatos (...) uma vez estabelecida a política legislativa, não resulta desarrazoado o reconhecimento de amplas faculdades regulamentares ao órgão executivo. (...) A justificação destes raciocínios é de ordem político-criminal e possui aceitação constitucional desde que o órgão que incrimine, em suma, seja o legislativo. Por isso, considera o Tribunal que, no caso de questões cambiárias, econômicas, financeiras, etc., que são “por essência movediças e protéicas, torna-se indispensável dispor de um instrumento ágil que possa descrever com rapidez condutas publicamente danosas e, por sua vez, descriminalizar outras que tenham deixado de sê-lo (Sentença 300/392).

---

<sup>338</sup> GOMES, Mário Soares Caymmi. **Op. Cit.**, p. 198.

Todavia, a Corte declarou a inconstitucionalidade de leis que outorgam um poder ao órgão Executivo que vai muito mais além do poder simplesmente regulamentar e importe uma verdadeira faculdade de legislar em matéria que esteja exclusivamente reservada ao Congresso.<sup>339</sup>

O argumento trazido pela doutrina que defende a inconstitucionalidade das leis penais em branco e a manutenção do princípio da legalidade em sua base iluminista é compreensível: a limitação do poder e preservação de garantias individuais.

Tão compreensível que coincide com o argumento que se utiliza para aqui afirmar: as leis penais em branco não são (sempre) legítimas. Mas podem ser. Leis penais em branco que respeitem os critérios que foram – e outros que ainda serão – apontados neste trabalho visam também à limitação de poder. Porém, nesse caso, não apenas o poder do Estado, mas o (cada vez maior) poder das grandes corporações.

E não há descuido no que refere às garantias individuais. É justamente na intenção de preservá-las que se adota um conceito de leis penais em branco baseado em seus fundamentos – os únicos capazes de justificá-las, saliente-se - e, a partir daí, se aceitam como legítimas tão somente aquelas leis penais em branco que se filiem rigorosamente à sua razão de ser.

O consagrado princípio da legalidade não tem, em momento algum, a sua importância questionada. Há somente a sua inserção no espírito de nosso tempo: sociedade contemporânea, dos riscos, da tecnologia, do capitalismo desenfreado e da informação. E tal inserção se impõe, na medida em que “o direito não é obra do legislador, mas tem sua origem no seio da comunidade, na *Volkgeist*. (...) O direito, portanto, é histórico e variável, e não algo derivado de instâncias racionais, com validade para todos os tempos e lugares”.<sup>340</sup>

As mudanças sofridas pelo contexto social, político e jurídico do direito penal iluminista são profundas. É por isso que vozes têm sido levantadas, criticando tal processo de mudança e postulando, em resposta, o retorno às fontes originárias do direito penal tradicional, adotando posturas críticas de fundamento

<sup>339</sup> GOMES, Luiz Flavio e YACOBUECCI, Guillermo Jorge. **Op. Cit.**, p. 106.

<sup>340</sup> LUISI, Luiz. **Op. Cit.**, p. 312.

materialista, ius privativas, minimalistas ou de retorno ao sistema liberal ilustrado. Pode-se pensar em voltar à compreensão somente formal do princípio da legalidade? A verdade é que não parece possível e nem tampouco justo.<sup>341</sup>

Se não é possível nem justo voltar à compreensão do princípio da legalidade penal de traços iluministas, é diante de uma nova interpretação – mergulhada em nosso espírito do tempo – que se conclui que há espaço para leis penais em branco legítimas.

Parece mais coerente do que prender-se a um princípio vestido com a roupagem de três séculos passados e bradar pela inconstitucionalidade das leis penais em branco (inviabilizando, inclusive, em respeito à Constituição, a tipificação de crimes que a própria Constituição exige a punição, como é o caso do tráfico de drogas<sup>342</sup>), lançar mão de um princípio que se reveste da atualidade: o da intervenção mínima. E, assim, garantir que a lei penal em branco:

(...) Somente se admite excepcionalissimamente, ou seja, quando é impossível, tecnicamente, para o legislador penal, registrar todos os elementos do tipo no tipo e quando, evidentemente, a gravidade das condutas justificar (...).<sup>343</sup>

E, então, uma das conclusões a que se chega é que a preocupação de não haver desequilíbrio entre poder punitivo e garantias individuais – constante tanto dos discursos dos defensores da inconstitucionalidade das leis penais em branco, quanto deste estudo – parece residir equivocadamente no prin-

<sup>341</sup> Tradução livre: “Los cambios sufridos por el contexto social, político y jurídico del derecho penal iluminista son profundos. Es por eso que han alzado voces criticando este proceso de cambio y postulando, como respuesta, el retorno a las fuentes originarias del derecho penal tradicional, adoptando posturas críticas, de fundamento materialista, ius privatistas, minimalistas o de retorno al sistema liberal ilustrado. Se puede pensar en volver a la comprensión solo formal del principio de legalidad penal? La verdad es que no parece posible y tampoco justo.” YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **Op. Cit.**, p. 647.

<sup>342</sup> No próprio art. 5º da Constituição Federal, em seu inc. XLIII, se estabelece que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”. Sem adentrar ao mérito da inafiançabilidade, etc, registre-se o evidente interesse constitucional em criminalizar o tráfico de drogas, delito que, por sua natureza, tão somente pode ser tipificado através da técnica da lei penal em branco.

<sup>343</sup> RAMOS, João Gualberto Garcez. **A inconstitucionalidade do “direito penal do terror”**, p. 49.

cípio da legalidade, que se compatibiliza, ao menos no que tange à sua garantia formal, com tal técnica legislativa.

Se há princípio que pode contribuir significativamente com esse equilíbrio é o princípio da intervenção mínima, que garante que leis penais em branco somente serão legítimas quando estritamente necessárias. E, complementemente-se, necessárias são quando o poder legislativo realiza a remissão ao poder executivo especificamente para que haja flexibilização e atualização da lei penal e utilização de conhecimento técnico ou específico e aprofundado, quando o objeto de tutela, por seu grau de complexidade. Leia-se: quando for dado cumprimento estrito às finalidades únicas que justificam a existência das leis penais em branco.

### 3.3. LEIS PENAIS EM BRANCO E GARANTIAS MATERIAIS DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL

Admite-se, então, que as leis penais em branco são um mal necessário e que um de seus pontos mais suscetível de crítica reside justamente no confronto com a garantia formal do princípio da legalidade, que impõe a separação dos poderes.

Porém, as possíveis críticas a esta técnica legislativa se estendem também às garantias materiais decorrentes do princípio da legalidade penal, com especial ênfase à exigência de *lex praevia* e de *lex certa*.<sup>344</sup>

---

<sup>344</sup> Dulce Maria Santana Vega (**Op. Cit.**, p. 22), quando da análise da harmonização das leis penais em branco com o princípio da legalidade, aponta três aspectos problemáticos: “ley penal en blanco y función motivadora del tipo”, no qual estabelece que as leis penais em branco traduzem maior dificuldade para o conhecimento por parte do cidadão e, portanto, perdem um tanto de sua força motivadora. Tal crítica, pode-se dizer, guarda relação com a garantia material decorrente da exigência de lei prévia. Em seguida, aponta as “leyes penales en blanco y exigencia de taxatividad”, problemática que está diretamente relacionada à garantia decorrente da exigência de lei certa. Finalmente, o terceiro apontamento diz respeito às “leyes penales en blanco y separación de poderes”, ou seja, sugere o problemático confronto das leis penais em branco face à garantia formal decorrente do princípio da legalidade penal. Antonio Doval Pais (**Op. Cit.**, p. 129), quando intenta demonstrar a “problemática constitucional de las leyes penales en blanco”, propõe-se à analisar “los problemas que plantea cada uno de los rasgos que caracterizan las leyes penales en blanco” e aponta dois deles: a “incompletud del supuesto del hecho”, que repercute justamente nas garantias decorrentes de lei prévia e lei certa e “la remisión a disposiciones extrapenales”, que está diretamente ligada à garantia formal do princípio da legalidade penal. Assim como os autores, a doutrina majoritária dirige suas críticas justamente ao encontro das leis penais em branco com o princípio da separação dos poderes, con-

É o que se passa a demonstrar.

### 3.3.1. Lei Penal em Branco e *Lege Praevia*

A exigência de lei prévia produz, conforme visto no Capítulo 1, uma série de garantias ao cidadão. Preliminarmente, exerce uma função de previsibilidade, garantindo segurança jurídica na medida em que o indivíduo, no momento da prática de uma conduta, tem como saber se está ou não incorrendo em atuação proibida e qual será a consequência jurídica.

A segurança jurídica ainda tem um segundo prisma, pois vincula os juízes, que poderão atuar tão somente guiados por leis prévias – jamais movidos por interesse ou emoção.

Há, ademais, como decorrência da garantia material de lei prévia, o princípio da retroatividade da lei mais benigna e da irretroatividade da lei mais maligna, ressaltando as leis penais de caráter temporário ou excepcional.

Todos esses aspectos da garantia material da *lege praevia* repercutem quando do confronto com a técnica legislativa das penais em branco e têm sido alvo de estudos e polêmicas.

#### 3.3.1.1 Lei Penal em Branco X Previsibilidade e Segurança Jurídica

A garantia material derivada da exigência de uma lei prévia está intimamente ligada à idéia de segurança jurídica e nasce da noção contratualista do princípio da legalidade penal: em todo e qualquer contrato, o acordo surte os seus efeitos para o futuro, jamais para o passado.

Assim, a lei prévia visa, primordialmente, alertar aos cidadãos sobre quais condutas são permitidas e quais são proibidas e, ademais, quais as consequências jurídicas advindas da prática de seus atos. Por outro lado, vincula os juízes, de modo que estes poderão atuar tão somente na existência de uma lei prévia – evitando-se, assim, atuações interessadas.

---

substanciado na garantia formal do princípio da legalidade, e com as exigências de lei prévia e lei certa.

A estrutura da lei penal conta com o pressuposto (também chamado de preceito) e com a sanção. O pressuposto descreve a conduta típica ou, conforme costuma mencionar a doutrina, a “matéria de proibição”. É justamente ao tomar conhecimento desta que o cidadão satisfaz seu direito à “previsibilidade” da conduta proibida.

A lei penal em branco, conforme restou estabelecido através de sua fundamentada conceituação, é aquela que remete parte de seu pressuposto para que haja complementação por instância não legislativa.

Aponta-se, então, que essa incompletude da lei penal em branco reduz a segurança jurídica exigida pela noção original do princípio da legalidade penal. Isso porque conduziria os intérpretes e destinatários à busca de atos complementadores, por vezes repleta de obstáculos, tais como alterações, revogações e burocracia.

Por vêzes, a lei penal, ao conceituar a infração, reporta-se a textos extra-penais em vigor ou porvindouros, de cujo conteúdo ficam a depender os contornos e a própria existência da figura delituosa. Aí temos a chamada lei penal em branco, modalidade que, pela sua progressiva adoção, assume uma importância que de certo modo cerceia o império do princípio *nullum crimen*. Sim, porque surge tão difusa e imprecisa, em alguns casos, a complementação da norma penal obriga a tão intrincadas averiguações para positivar-se a existência ou não do crime, que aquêle dogma fundamental decai do seu valor como garantia contra imputações especiosas ou arbitrárias.<sup>345</sup>

Situadas as críticas que a noção originária do princípio da legalidade (e seu desdobramento da lei prévia) em confronto com as leis penais em branco ensejam, resta agora analisar como tal garantia se revela perante a interpretação do princípio da legalidade penal revestido de contemporaneidade.

Tal análise possivelmente tem início com o seguinte questionamento: “como o sistema penal pode ter segurança jurídica, se está sujeito a constantes modificações em sua ordem?”<sup>346</sup> Ou, no caso da sociedade “de riscos”,

<sup>345</sup> GARCIA, Basileu. **Op. Cit.**, p. 156.

<sup>346</sup> AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea – dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco**, p. 46.

“tecnológica”, “pós-moderna”: “como pode o direito penal ser previsível, se a sociedade à qual está referido não o é?”<sup>347</sup>

Há uma permanente tensão entre segurança jurídica e o próprio direito enquanto fenômeno social, tensão essa que tem se alargado desde o início do processo de industrialização da sociedade moderna. (...)

Nesse contexto de mudanças velozes, coube ao direito – e era sua função – tentar limitar as incertezas decorrentes dessas novas formas e relações, editando regras que orientassem conceitualmente sobre as condutas discrepantes. Todavia, referidas leis eram (e são) orientadas para um incerto e amplo horizonte. (...)

Eis a armadilha em que caiu o Estado de Direito: com a perspectiva de conferir um mínimo de segurança, o legislador incorpora conceitos formais às normas, a fim de superar a rigidez tipificadora da dogmática jurídica. No momento em que tenta adaptar-se às condições socioeconômicas que emergem do processo de industrialização e da divisão de classes, assumindo tarefas absolutamente novas para os codificadores liberais, o legislador inexoravelmente provoca a ruptura dos padrões de unidade e hierarquia inerentes ao princípio da legalidade e à segurança jurídica.<sup>348</sup>

A inserção do princípio da legalidade penal na sociedade contemporânea provocou, portanto, a “ruptura do padrão de segurança jurídica”. Não significa que essa é, agora, prescindível e que o cidadão não mais contará com o direito à previsibilidade das consequências jurídicas quando da realização de suas condutas.

Com a (inevitável) utilização de novas técnicas legislativas, porém, nem sempre se consegue garantir o que os pensadores liberais clamavam: leis simples, curtas, diretas. Uma vez que o direito à segurança jurídica por parte do indivíduo persiste, mas com outra roupagem, importa agora analisar modos de salvaguardá-la, mesmo quando da utilização de leis penais em branco.

O primeiro ponto a ser considerado é que as leis penais em branco podem funcionar, sim, para garantir a segurança jurídica, mesmo sem a descrição pormenorizada da matéria de proibição. É certo, porém, que tais leis têm

<sup>347</sup> AMARAL, Cláudio do Prado. **Op. Cit.**, p. 47.

<sup>348</sup> AMARAL, Cláudio do Prado. **Op. Cit.**, p. 47.



de contar com cuidado redobrado em relação às leis consideradas completas ou das que fazem uso de elementos descritivos, por exemplo.

Se se considera que a existência de uma lei completa é o suficiente para cumprir o direito à segurança jurídica e à previbilidade das consequências que possui o cidadão, também uma lei penal em branco – esta de caráter, necessariamente, formal e, portanto, de conhecimento assegurado como qualquer outra - revela-se capaz de cumprir tal função quando descreve o máximo possível da matéria de proibição e remete ao poder executivo tão somente a complementação referente ao conteúdo complexo, dinâmico ou técnico.

Isso porque funciona, nas palavras de CURY<sup>349</sup>, como um “convite à informação” ou, por assim dizer, como um “sinal amarelo” de que o interessado na matéria deve, antes de prosseguir com a conduta, melhor se informar acerca daquela matéria.

Note-se que se, de fato, a lei penal em branco cumprir as exigências já mencionadas no decorrer do trabalho, ou seja, prever o máximo possível do pressuposto deixando a cargo da instância não legislativa tão somente a estrita matéria da qual depende a atualização e flexibilização da lei penal ou conhecimento específico e aprofundando, é possível que o conhecimento por parte do interessado seja até mesmo facilitado.

Muitas vezes as remissões para outros instrumentos jurídicos não penais (como regras profissionais ou regulamentos que orientam certas actividades) tornam os regimes vigentes mais acessíveis aos destinatários das normas, pois os instrumentos em causa são, pela sua proximidade empírica em relação aos sujeitos a quem dizem respeito, mais facilmente conhecidos por estes do que as próprias normas incriminadoras. Daqui resulta que nestes casos não parece ficar frustrado o sentido material do princípio da legalidade.<sup>350</sup>

<sup>349</sup> Para ello le basta *alertar* al súbdito sobre el hecho de que tal o cual conducta (acción o omisión) puede llegar a estar sancionada con una pena si se la ejecuta con ciertos presupuestos que se encuentran precisados o llegaron a estarlo en una norma distinta, de igual o inferior jerarquía. Esta puesta en guardia es, al mismo tiempo, una invitación a informarse sobre la norma o normas de complemento, cuyo posible contenido, además, queda de esta manera circunscrito rigurosamente, de suerte que apenas podría sorprender al súbdito. CURY, Enrique. **Op. Cit.**, p. 64.

<sup>350</sup> BELEZA, Teresa Pizarro. COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da. **O regime legal do erro e as normas penais em branco**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 40.

Pegue-se o já utilizado exemplo do crime descrito no art. 7º, II, da Lei nº 8.137/1990. A lei determina que incorrerá na pena de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa, aquele que “vender ou expor à venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial”.

O tipo penal serve, então, como um “convite à informação” ou um “sinal amarelo” àqueles que trabalham com comércio. O cidadão que exerce venda de determinada mercadoria e toma conhecimento da lei penal (em branco) constante do art. 7º, II, da Lei nº 8.137/1990 sabe, então, que existem exigências relacionadas às mercadorias. Por ser interessado, busca – inclusive em normas que, de regra, estão mais próximas de sua realidade – tais informações.

Pense-se, ainda, que a opção (se é que há, posto que impediria flexibilização e atualização da lei) à lei penal em branco é uma descrição pormenorizada e taxativa por parte do legislador, o que resultaria, inevitavelmente, em leis absolutamente extensas, de difícil leitura e compreensão. Verdadeiros “elefantes brancos” legislativos. Não se crê que a segurança jurídica estaria, desse modo, melhor resguardada.

O próprio crime do art. 7º, II, da Lei nº 8.137/1990 permite projetar como seriam os tipos penais se se exigisse que o legislador previsse – ao invés de remeter à instância não legislativa – todo o detalhamento da matéria de proibição. No caso, o tipo penal teria de incluir absolutamente todas as embalagens, tipos, especificações, pesos e composições de absolutamente todas as mercadorias. O Código Penal e as leis penais esparsas (em seus prováveis inúmeros volumes) não seriam melhores guardiões da segurança jurídica nesta hipótese.

Diante da interpretação do princípio da legalidade inserido na sociedade contemporânea, conclui-se que podem as leis penais em branco ser constitucionais também face à garantia material decorrente da lei prévia. Se podem ser constitucionais, significa que podem, também, ser inconstitucionais.

O que as diferencia? Justamente a observância de alguns cuidados que visam garantir as irrenunciáveis previsibilidade e segurança jurídica.

### 3.3.1.1.1 Remissão Expressa

O primeiro cuidado que deve ser observado quando da promulgação das leis penais em branco, em nome da garantia material decorrente da exigência de lei prévia é a “remissão expressa”. A doutrina estabelece que as remissões realizadas pelas leis penais em branco podem ser expressas (explícitas) ou tácitas (implícitas).

Seriam expressas aquelas remissões que incorporam em seu próprio texto a referência explícita à norma complementadora e tácitas as que incluem diretamente em seu texto algum termo ou expressão que possui significado normativo, ainda que sem aludir de modo expreso disposição alguma.<sup>351</sup>

Percebe-se que a doutrina faz essa diferenciação por adotar, majoritariamente, um conceito amplo de lei penal em branco – assumindo a herança de MEZGER -, pois as remissões implícitas se justificam quando a remissão é feita a outra lei. Por vezes, ainda, equivocadamente, se admitem supostas “remissões implícitas” quando, em verdade, o que se está utilizando são elementos normativos do tipo.<sup>352</sup>

Partindo do conceito restrito de lei penal em branco – ou seja, aceitando-se que são leis penais em branco tão somente aquelas que fazem remissão a instâncias não legislativas – impõe-se reconhecer que as remissões devem ser, a fim de propiciar maior previsibilidade e segurança jurídica, expressas.

Tal requisito já vem sendo exigido desde a decisão nº 127/1990 do Tribunal Constitucional Espanhol, que instituiu pressupostos a fim de compati-

<sup>351</sup> PAIS, Antonio Doval. **Op. Cit.**, p. 90.

<sup>352</sup> Note-se que os exemplos dados por Antonio Doval PAIS para ilustrar a remissão implícita são: “Como ejemplo de remisión implícita es clásico aludir a la que incorpora el concepto de <<ajenidad>> en los delitos de hurto e robo (...). De la misma clase, en cuanto que la consulta de otras disposiciones resulta obligada para la determinación de su significado, son las expresiones: <<depósito, comisión...otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos>> (art. 252), <<matrimonio (inválido)>>, (...) y, en general, todos los conceptos normativos de contenido jurídico”. **Idem. Ibidem.**

bilizar as leis penais em branco com o princípio da legalidade penal. Dois deles já restaram demonstrados no presente estudo: a essencialidade da lei penal em branco face à matéria tutelada, a previsão da pena e do núcleo essencial da proibição e, agora, acrescenta-se um terceiro: que o reenvio normativo seja expresso.<sup>353</sup>

### 3.3.1.1.2 Cláusula de Remissão Inversa

Se a remissão expressa feita na própria lei penal em branco apontando o seu ato complementador auxilia ao cumprimento da almejada segurança jurídica, o mesmo ocorre com a denominada cláusula de remissão inversa – proposta de TIEDEMANN e do Tribunal Constitucional Alemão. Nesta, é o ato complementador que deverá evidenciar que sua existência visa à complementação de uma lei penal em branco e, mais, que a desatenção ao estabelecido em suas determinações enseja uma resposta penal.

Através das mesmas busca-se que os infratores da disposição complementadora do tipo penal saibam que a mesma se acha apenada por uma lei penal, mediante uma cláusula de remissão a mesma, que se encontraria nas disposições administrativas.<sup>354</sup>

<sup>353</sup> El derecho a la legalidad penal comprende una doble garantía: por una parte, de carácter formal, vinculada a la necesidad de una ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado en los bienes jurídicos de los ciudadanos (...). Por otra, referida a la seguridad a la prohibición que comporta la necesidad de la predeterminación normativa de las conductas e sus penas a través de una tipificación precisa dotada de la suficiente concreción en la descripción que incorpora. (...)

Las exigencias expuestas no suponen que sólo resulte constitucionalmente admisible la redacción descriptiva y acabada en la ley penal de los supuestos de hecho penalmente ilícitos. Por el contrario, (...) es conciliable con los postulados constitucionales la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas leyes penales en blanco (...); esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico penal no se encuentre agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta, siempre que se den los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y este justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición (...).(Sentencia Tribunal Constitucional, nº 127, de 5 de julio de 1990, Presidente D. Fernando García-Mon y González-Regueral)

<sup>354</sup> Tradução livre: “A través de las mismas se intenta que los infractores de la disposición complementadora del tipo penal sepan que la misma se halla castigada por una ley penal mediante una cláusula de remisión a la misma que hallaría en las disposiciones administrativas.” VEGA, Dulce María Santana. **Op. Cit.**, p. 42.

As cláusulas de remissão inversa seriam, então, advertências inseridas nos atos complementadores de que, em caso de infração à proibição ou à obrigação estabelecidas nestes, pode-se haver aplicação, em certos casos previstos em lei, de uma sanção penal – não sendo obrigatório apontar, no ato complementador, especificamente em quais casos.

As vantagens que proporcionam não deixam dúvidas: cumprem uma importante função de advertência ao informar o destinatário da norma complementadora extrapenal que, diante determinadas circunstâncias, o descumprimento da proibição do mandado estabelecido poderá ser penalmente castigado.<sup>355</sup>

A cláusula de remissão inversa, embora pareça ser um instrumento importante na compatibilização das leis penais em branco com o princípio da legalidade, não é lembrado de modo muito frequente pela doutrina. BACIGALUPO, CEREZO MIR e Antonio DOVAL PAIS podem ser apontados como os defensores da utilização desta técnica de remissão. Enrique CURY e Pablo Rodrigo ALFLEN DA SILVA, por sua vez, mencionam a existência da mesma e opõem sua inviabilidade prática, ambos alegando tão somente que “nem sempre é possível, porque muitas vezes a remissão se dirige a disposições legais extrapenais preexistentes”<sup>356</sup>, “de modo que sua remissão expressa torna-se impossível, a não ser que se as modifique”.<sup>357</sup>

A própria justificativa traz, de certo modo, uma incongruência. A cláusula de remissão inversa torna-se “impossível”, “a não ser que” se as modifique. Mais correto seria dizer, então, que há – e é certo que há – dificuldade em se cumprir a cláusula de remissão inversa quando o ato complementador é preexistente. Impossível, porém, não é, pois existe a possibilidade de modificá-lo.

Aliás, parece se estar, aqui, diante de um impasse entre a segurança jurídica a que tem direito o cidadão e a dificuldade em acrescentar cláusula informativa a ato não legislativo já existente. Diante deste conflito e em uma primeira – e certamente não profunda como deveria ser – análise, não parece

---

<sup>355</sup> PAIS, Antonio Doval. **Op. Cit.**, p. 205.

<sup>356</sup> CURY, Enrique. **Op. Cit.**, p. 104.

<sup>357</sup> SILVA, Pablo Rodrigo Alflen. **Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco**, p. 170.

ser absurdo se exigir que, de fato, quando uma lei penal em branco remeter a ato não legislativo preexistente, em tal ato se acrescente uma advertência de possível punição penal em caso de sua desatenção.

A lei penal em branco, como já foi dito em outra oportunidade, é um mal necessário. Sendo assim, impõe a obrigação de utilizá-la (por ser necessária) e o dever de, de algum modo, reduzir seus prejuízos (por ser um mal). E, então, em nome da segurança jurídica, parece razoável a exigência de cláusula de remissão inversa.

### 3.3.1.1.3 Publicação Conjunta em Diário Oficial

Além da exigência da remissão expressa e da remissão inversa, há outro cuidado referente à previsibilidade e segurança jurídica, apontada por Enrique CURY e também por Pablo Rodrigo ALFLEN DA SILVA, e diz respeito à exigência de que sejam não apenas as leis penais em branco, mas também os seus complementos, publicados no Diário Oficial, pois “somente desta maneira é possível a advertência contida na lei penal em branco, proporcionando ao cidadão a possibilidade de informar-se com exatidão pelos meios que comumente costuma fazê-lo”.<sup>358</sup>

A imposição da publicidade da complementação da lei penal em branco foi objeto de decisão pela Corte de Apelação de Santiago, no Chile, em 1963. Nesta sentença, restou consignado que:

Esta publicidade tem por objeto não apenas fazer conhecida de todos os cidadãos a existência e o conteúdo das normas jurídicas, mas também seus autênticos termos às autoridades que devem aplicá-las. Este último requisito não pode cumprir-se salvo mediante a publicação em Diário Oficial, que é o único órgão que está ligado à fé pública no que refere ao texto de normas de aplicação geral obrigatória.<sup>359</sup>

<sup>358</sup> SILVA, Pablo Rodrigo Alflen. **Op. Cit.**, p. 169.

<sup>359</sup> Tradução livre: “Esta publicidad tiene por objeto no solo hacer conocida de todos los ciudadanos la existencia y contenido de las normas jurídicas, sino también sus términos auténticos a las autoridades que deben aplicarlas. Este último requisito no puede cumplirse sino mediante la publicación en el Diario Oficial, que es el único órgano que está ligado a la fe pública en lo relativo al texto de las normas de aplicación general obligatoria.” CURY, Enrique. **Op. Cit.**, p. 103.

O autor chileno ainda registra a exigência, apontada inicialmente por Imre WIENER, da publicação da lei penal em branco e de seu complemento ser conjunta. A justificativa é que o tipo penal (completo) não se encontra nem na lei penal em branco e nem tampouco em seu complemento, de modo que o efetivo conhecimento da lei completa dependeria de uma publicação conjunta.

Do mesmo modo em que ocorre com a exigência de cláusula de remissão inversa, dificuldades se impõe na publicação conjunta, pois, por vezes, estas fazem remissão a atos complementadores preexistentes ou a diversos atos complementadores, que são formulados em momentos distintos.

Nesses casos – pelas mesmas razões expostas quando da análise da exigência de cláusula de remissão inversa -, haverá de se publicar em Diário Oficial, juntamente com a lei penal em branco, o ato complementador, mesmo que preexistente. E, ainda, “este requisito deve cumprir-se separadamente para cada disposição complementadora quando a lei penal em branco contiver diversas remissões.”<sup>360</sup>

#### 3.3.3.1.4 Vedação de Remissões Sucessivas

Finalmente, como um quarto cuidado a ser tomado em homenagem à segurança jurídica, há que se fazer referência à exigência de remissões de primeiro grau. Em outras palavras: em nome da segurança jurídica, tem-se como proibidas remissões sucessivas.

As razões desta proibição são três.

A primeira delas está diretamente relacionada ao direito de previsibilidade por parte do cidadão. Se este tem o direito de saber, de antemão, exatamente quais condutas estão proibidas e permitidas, há que se exigir que o mandado de proibição seja o mais claro possível. Essa clareza, não é difícil notar, resta prejudicada na medida em que há sucessivas remissões, dificultando significativamente a possibilidade de conhecimento por parte de seus destinatários.

---

<sup>360</sup> CURY, Enrique. **Op. Cit.**, p. 104.

A segunda razão da proibição reside no fato das remissões “em cadeia” potencialmente permitirem que a complementação da lei penal em branco advenha de um órgão administrativo não federal (leia-se: estadual ou municipal), o que não pode ser admitido no Brasil.

O terceiro motivo está ligado à idéia da separação do poderes. Embora o poder executivo possa realizar, constitucionalmente, a complementação das leis penais em branco, a competência para a efetiva delimitação das condutas criminosas é, claramente, do poder legislativo. Por tal razão há a exigência de que o próprio legislador preveja o núcleo da proibição e determine qual detalhamento ficará a cargo de complementação. Desse modo, é possível dizer que o ato complementador deve respeito às diretrizes impostas pela lei penal em branco.

Quando se está diante de remissões sucessivas, os órgãos aos quais compete em definitivo a complementação do branco estão muito distantes dos critérios que informaram o legislador e, portanto, é possível que desnaturalize a lei penal.<sup>361</sup>

Dessa forma, em respeito à garantia material decorrente da lei prévia (e, ademais, como será visto, da lei certa), impõe-se a vedação de remissões sucessivas quando da complementação da lei penal em branco.

### 3.3.1.2 Lei Penal em Branco X Função Motivadora do Tipo

A segurança jurídica possibilitada pela previsibilidade e pela vinculação judicial, não é, conforme visto no Capítulo 1 do presente trabalho, a única razão a justificar a exigência de existência de uma lei prévia. Há, ainda, a intenção de intimidação (herança da teoria da coação psicológica de Feuerbach) daqueles que tomam conhecimento da lei penal (a função de prevenção geral negativa da pena). Visa-se evitar que aqueles que tomem conhecimento da lei penal pratiquem a conduta nela descrita e, então, recebam a sanção cominada.

Segundo Dulce María Santana VEGA, essa “função motivadora do tipo” poderia restar prejudicada pelas leis penais em branco, uma vez que as

---

<sup>361</sup> CURY, Enrique. **Op. Cit.**, p. 96.



ameaças penais que estão nelas contidas, ao necessitar de complementação por ato diverso, requerem, para a sua compreensão, o conhecimento tanto da lei penal quanto do ato complementador, o que se traduz necessariamente em uma maior dificuldade no seu conhecimento e em uma redução de sua força motivadora.<sup>362</sup>

A autora rechaça – com base em dois fundamentos - possível argumento de que as leis penais em branco são, em regra, utilizadas para regular a criminalidade sócio-econômica, o que implicaria, então, no fato de seu público destinatário ser constituído por pessoas de maior nível cultural e com pleno acesso à informação.

- a) Não somente tem-se que atender a tipificação das condutas da criminalidade de grande dimensão, mas também de média dimensão, à frente da qual não se encontram autores dessa classe.
- b) O tipo penal há de servir para motivar não apenas a não cometer o delito, mas também há que servir como instrumento desencadeante de denúncias. Isto é, é também dirigido aos que não pensam em delinquir, mas que podem denunciar e, para estes, é determinante a clareza e a possibilidade de conhecimento por toda a sociedade.<sup>363</sup>

Não há como concordar nem com o possível argumento de que leis penais em branco seriam dirigidas, em regra, a cidadãos com maior grau de conhecimento e nível cultural, nem tampouco com os fundamentos expostos no intuito de rechaçá-lo.

Não há que se olhar a classe de destinatários da lei penal. Seja a classe que for, é constituída por cidadãos que têm o direito à segurança jurídica e, portanto, deverão ser observados os critérios que foram nos tópicos aci-

<sup>362</sup> VEGA, Dulce María Santana. **Op. Cit.**, p. 22.

<sup>363</sup> Tradução livre: “a) No sólo se tiene que atender en la tipificación de tales conductas a la criminalidad de grandes dimensiones, sino también a la de medianas dimensiones ao frente de la cual no se encuentra esta clase de autores.

b) El tipo penal há de servir para motivar no sólo a no cometer el delito, sino que también ha de servir como instrumento desencadeante de denuncias. Esto es, va también dirigido a motivar a los que no piensan delinquir, pero que pueden denunciar y para ello es determinante la claridad y la posibilidad de conocimiento por el resto de la sociedad.” **Idem**, p. 24.

ma relacionados em qualquer lei penal em branco – independente dos crimes que visem tipificar.

Já no que tange à preocupação com o prejuízo da lei penal como “instrumento desencadeante de denúncias”, parece haver uma completa inversão das garantias propiciadas pelo princípio da legalidade penal. Se é certo admitir que, por conta das mudanças operadas na sociedade contemporânea, o princípio da legalidade penal admite nova interpretação, também é correto afirmar que sua finalidade precípua continua sendo a proteção do indivíduo.

Há, através da exigência de lei prévia, preocupação para com o indivíduo. Quer garantir-se, através da previsibilidade, que este conte com segurança jurídica. Que possa saber – no momento da realização de uma conduta – se está incorrendo em delito e qual a respectiva sanção. Que possa estar seguro que uma lei jamais irá retroagir para aplicar-lhe penas.

Exigir, então, que a lei seja prévia para que todos possam conhecê-la para “servir como instrumento desencadeante de denúncias” é afirmar, em outras linhas, que o princípio da legalidade serve ao Estado e não ao indivíduo, o que é – seja na sociedade berço do princípio da legalidade, seja na sociedade contemporânea – inadmissível.

#### 3.3.1.3. Lei Penal em Branco X (Ir) Retroatividade do Complemento

Questão controvertida – e discutida de modo mais amplo pela doutrina e jurisprudência – é a das leis penais em branco face ao direito intertemporal.

O princípio da legalidade penal, através da exigência de lei prévia, acarreta dois outros princípios: o da irretroatividade da lei penal mais maligna e o da retroatividade da lei penal mais benigna, conforme visto no Capítulo 1. Surge, então, a discussão: o complemento a que se faz remissão integraria ou não a lei penal em branco e, conseqüentemente, poderia ou não retroagir?

Embora a doutrina não seja uníssona a respeito<sup>364</sup>, a maioria entende que o ato complementador passa, sim, a integrar a lei penal em branco. Prova disso é que a falta ou inexistência desse ato complementador impede que a descrição da conduta proibida se complete, não havendo possibilidade de aplicação do tipo penal anteriormente à complementação. Ou seja: o ato complementador integra o tipo penal e o torna aplicável.<sup>365</sup>

Assim, “a disposição extra-penal de que se entretece a norma penal em branco – corpo à procura de alma, como se exprimia BINDING – impregna-se do cunho penal, como parte que passa a constituir da figura delituosa”.<sup>366</sup>

Concluído que o ato complementador passa a integrar a lei penal em branco, há que se questionar a retroatividade benéfica daquele. A doutrina e a jurisprudência dividem-se entre a possibilidade e a impossibilidade de retroatividade do ato complementador e “a questão torna-se árdua, em face da boa qualidade dos argumentos advindos de ambos os lados”.<sup>367</sup>

Basileu GARCIA aduz que, se há controvérsia, a solução mais favorável é a preferível, pela simples circunstância de ser a mais branda e pelo fato do ato complementador integrar-se à lei penal e, portanto, passar a ser regido pelos princípios aplicáveis a esta.

A consideração do autor parte de correto pressuposto, mas desemboca em equivocada conclusão, por um detalhe. De fato, se o ato complementador integra a lei penal em branco, passa – sempre que possível - a ser regido pelos mesmos princípios que se aplicam a esta. No caso da retroatividade e irretroatividade da lei, conforme visto no Capítulo 1, a regra é clara: há a retroatividade da lei mais benigna, a irretroatividade da lei mais maligna e, acrescenta-se, a ultratividade da lei penal excepcional ou temporária.

---

<sup>364</sup> “Pergunta-se: Uma vez alterada a norma complementar, com vantagens para o réu, deve ou não retroagir a lei penal em branco? Frederico Marques e Magalhães Noronha, em considerações sobre a matéria, evidenciam as divergências de entendimentos entre os autores. Assim, no sentido afirmativo, posicionam-se, além de outros, Asúa, Mezger, Balestra e, entre nós, Basileu Garcia. (...) Por outro lado, em posição contrária à retroatividade, alinham-se penalistas como Manzini, Hungria, Frederico Marques, Magalhães Noronha e outros.” LEIRIA. Antônio José Fabricio. **Op. Cit.**, p. 90.

<sup>365</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Op. Cit.**, p. 193.

<sup>366</sup> GARCIA, Basileu. **Op. Cit.**, p. 157.

<sup>367</sup> **Idem, Ibidem.**

Isso implica no reconhecimento de que, para determinar a possibilidade de retroatividade benéfica do ato complementador, impõe-se a análise de sua natureza: se possuir o ato complementador o caráter de excepcional ou temporário, passará a reger-se pela regra disposta no art. 3º do Código Penal, se não possui tal caráter, reger-se-á pela regra prevista no art. 2º do Código Penal.

Nos crimes, por exemplo, que envolvem tabela de preços, como o crime do art. 6º, I, da Lei 8.137/90 ou do art. 2º, VI, da Lei nº 1.521/51 ou lista de produtos em crime de contrabando ou descaminho, como no caso do art. 334 do Código Penal, a regra é a irretroatividade do complemento<sup>368</sup>. A razão, mais do que meramente dogmática, é lógica:

Seria o mesmo que admitir-se a eficácia retroativa de uma norma técnica de trânsito posta em vigor para facilitar o tráfego e a circulação, tal como se o trânsito à direita passasse a ser contramão, e, à esquerda a mão de direção. Em face dessa mudança, poder-se-ia declarar extinta a punibilidade por *novatio legis*, do motorista que fora declarado imprudente (e por isso condenado) por trafegar na contramão?<sup>369</sup>

Do mesmo modo que a lei proíbe trafegar pela contramão, e não pela direita ou pela esquerda, a lei penal não proíbe a venda pelo preço X, mas a venda por um preço acima do tabelamento. E, então, aquele que trafega pela contramão e que vende por preço acima do permitido pela tabela, mesmo que o ato complementador seja posteriormente alterado, o faz contra lei penal que continua vigente, leia-se: o legislador continua considerando penalmente punível o tráfego na contramão e a venda acima da tabela.

Diferente é o caso, por exemplo, do crime disposto no art. 33 da Lei 11.343/06. Se ocorresse da maconha – *cannabis sativa* – deixar de figurar no rol previsto no ato complementador, por passar a não mais ser considerada uma droga proibida, o indivíduo condenado anteriormente pela sua venda seria beneficiado pela retroatividade dessa alteração.<sup>370</sup> Isso porque seria o reco-

<sup>368</sup> COSTA, Leonardo Luiz de Figueiredo. **Op. Cit.**, p. 93.

<sup>369</sup> MARQUES, José Frederico. **Op. Cit.**, p. 227.

<sup>370</sup> QUEIROZ, Paulo. **Op. Cit.**, p. 124.

nhecimento pelo próprio Estado de que o trato a tal elemento não mais deveria ensejar resposta penal.

Parece, então, que além do caráter do ato complementador, há de ser analisado o motivo que conduziu à sua alteração ou supressão. Somente influenciam na retroatividade as variações dos atos complementadores quando significam verdadeira alteração da figura abstrata do Direito Penal. Ou seja, quando a modificação do ato integrativo representa apenas uma mudança de cunho circunstancial (que não interfere na percepção principal do fato reprovado) a mudança não é retroativa. Quando a mudança do complemento implica na essência do comportamento incriminado, alterando a percepção do desvalor da conduta, há a retroatividade benéfica.<sup>371</sup>

Note-se que, assim como as leis penais excepcionais ou temporárias, o ato complementador que possuir esse caráter é uma exceção à regra. Somente são constitucionais se, de fato, tratam de matérias excepcionalíssimas e não quando são banalizadas para regular toda e qualquer matéria circunstancial. Novamente aqui parece que mais importante do que a discussão quanto ao princípio da legalidade, é a análise face ao princípio da intervenção mínima.

E há, ainda, quanto aos atos complementadores de caráter excepcional ou temporário, uma consideração adicional: deve haver, assim como no caso das leis penais excepcionais ou temporárias, a demarcação do termo de vigência. Seja pela calendarização – no caso do complemento de caráter temporário, seja por um ato formal e inequívoco no caso do complemento de caráter excepcional.

*Exemplo:* devido a obras em determinado trecho da via pública, é colocada uma placa indicadora de proibição de velocidade acima de 30 K/H. Neste caso, a norma integradora da lei penal em branco que pune o excesso de velocidade, é uma norma temporária cujo termo de vigência, não podendo, porventura, ser determinada à partida, coincidirá com a retirada da placa sinalizadora. Mas – repare-se – mesmo no caso das leis penais

---

<sup>371</sup> COSTA, Leonardo Luiz de Figueiredo. **Op. Cit.**, p. 95.

em branco a integrar por outras normas, sempre o termo de vigência destas tem de ser formal e inequívoco.<sup>372</sup>

A jurisprudência encontrou-se, assim como a doutrina, dividida entre a possibilidade ou impossibilidade de retroatividade de ato complementador mais benigno. Parece ter-se encaminhado para a solução mais acertada, qual seja, a análise da natureza do ato complementador.

O *Habeas Corpus* nº 32.460, do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Min. Rocha Lagôa, data de julgamento 20/05/1953, versava especificamente sobre referida matéria. No caso, os pacientes haviam sido denunciados por terem vendido 700 gramas de carne bovina pelo preço de dez cruzeiros, quando, pela tabela oficial, deveriam cobrar seis cruzeiros e noventa centavos. Impetraram o *Habeas Corpus* sob a tese de extinção de punibilidade quando a tabela de preços é posteriormente alterada.

O Min. Rocha Lagôa requereu informações ao presidente do Tribunal de Alçada de São Paulo, que informou ser notório o dissídio jurisprudencial no sentido de que a revogação do tabelamento de determinado produto aplica-se retroativamente para beneficiar o réu. Isso porque a lei que proíbe a venda de mercadoria por preço superior ao tabelado é completada pelas tabelas expedidas pelas autoridades administrativas, tratando-se de leis penais em branco. Se o tabelamento vem a ser posteriormente revogado, a lei penal perde a sua eficácia, transformando-se em um ente sem vida, um corpo sem alma.

Em seu voto, porém, o Min. indeferiu a ordem por entender que a não inclusão nas tabelas relativas a preços de mercadorias de disposições vigentes ao tempo em que se apurou a infração, não apaga a existência da mesma. O Min. Nelson Hungria acompanhou tal voto, argumentando que se os preços vêm a ser majorados ou igualados àqueles pelos quais vendeu o infrator, não se dá a extinção da punibilidade em favor deste, pois o seu crime não pode deixar de ser referido às condições de mercado ao tempo em que foi praticado. Dada a constante alteração das tabelas de preços, quase sempre para

---

<sup>372</sup> CARVALHO, Américo A. Taipa de. **Sucessão de Leis Penais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1990, p. 162.

mais, acarretaria, pela demora dos processos penais, a constante impunidade daqueles que atentam contra a economia popular.

Embora não referido expressamente o fato do ato complementador, nesse caso, ter caráter de lei temporária ou excepcional, pode-se depreender do conteúdo da decisão do STF que foi justamente o que impediu a retroatividade benigna.

O *Habeas Corpus* nº 1.656-2, também do Supremo Tribunal Federal, relatoria do Min. Carlos Velloso, julgado em 03/04/1992, também tratou da polêmica situação envolvendo a retroatividade do ato complementador da lei penal em branco no caso de exclusão do cloreto de etila (substância presente no lança perfume) do rol constante da portaria do DIMED.

A discussão, em rápidas linhas, é que o crime à época disposto no art. 12 da Lei 6.368/76 era lei penal em branco que possuía seu ato complementador em portarias da DIMED. O acusado vendeu cloreto de etila em 01/03/1984. À época do cometimento da conduta, tal substância estava inserida no rol disposto pela portaria 01/83, de 27/01/1983. Em seguida à denúncia do acusado, a substância foi excluída pela portaria 02/84, de 04/04/1984, restando ausente da lista até a data de 13/03/1985, quando voltou a ser incluída pela portaria 02/85.

Neste caso, o STF decidiu pela retroatividade benigna da portaria 02/84 e, expressamente, reconheceu que há casos em que o ato complementador da lei penal em branco contará com natureza excepcional ou temporária, não sendo possível a retroatividade, e casos em que esta poderá ocorrer:

É que o complemento da norma penal em branco passa a integrar, indubitavelmente, o conteúdo da conduta censurada, formando um todo, de forma que a alteração de uma parte, como resultado de uma nova valoração jurídica do mesmo fato, tem repercussão total e imediata, não se aplicando ao caso em exame a solução que a jurisprudência vem dando às hipóteses de tabelamento de preços, já que estes têm realmente caráter excepcional, vez que são editados como forma de disciplinar o mercado em situações especiais, revelando que se trata mesmo da hipótese prevista no art. 3º do CP.<sup>373</sup>

---

<sup>373</sup> Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* nº 1.656-2/ São Paulo, Rel. Carlos Velloso, DJU 03/04/92, disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br).

Em tais decisões – ilustrativas – o STF demonstrou que se impõe a análise da natureza do complemento das leis penais em branco no intuito de definir a possibilidade de sua retroatividade benéfica. Acrescente-se, ainda, que no *Habeas Corpus* nº 73168-2, de relatoria do Min. Moreira Alves, restou consignado que em princípio, o art. 3º do Código Penal se aplica à norma penal em branco, na hipótese de o ato complementador ser revogado ou substituído por outro mais benéfico ao infrator, não havendo, portanto, a retroatividade. Essa aplicação, porém, não se perfaz quando o complemento importa real modificação da figura abstrata nele prevista ou se assenta em motivo permanente, insusceptível de modificar-se por circunstâncias temporárias ou excepcionais, como sucede, por exemplo, quando do elenco de doenças contagiosas se retira uma por se haver demonstrado que não possui tal característica.

A posição entendida como mais acertada pelo presente estudo está, portanto, em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Ressalte-se, tão somente, que, ao contrário do disposto neste último acórdão, parece que, uma vez que o ato complementador integra a lei penal em branco, a regra é a retroatividade benéfica do art. 2º do Código Penal. A exceção é a irretroatividade do art. 3º do Código Penal, que apenas se justifica nos casos em que o ato complementador tem natureza (realmente) excepcional ou temporária.

### 3.3.2. Lei Penal em Branco e *Lege Scripta*

No momento da concepção do princípio da legalidade penal imperava a concepção contratualista, de modo que o crime e a respectiva pena só podiam estar previstos em lei escrita e formal.

Dado que a aceitação da imposição de um castigo se realiza um certo comportamento é, possivelmente, a expressão mais evidente de renúncia à liberdade originária, resulta lógico que para obtê-la se requeira um acordo de quem representa o so-



berano (uma 'declaração de vontade soberana'); isto é, uma lei em sentido estrito.<sup>374</sup>

O fato do princípio da legalidade garantir que esteja o crime e a sua respectiva pena previstos em uma lei escrita de caráter formal, coincide em boa parte com a garantia formal do princípio da legalidade, visto que há evidente conexão com o princípio da separação dos poderes e com a soberania popular, de modo que se remete – apenas para evitar repetição desnecessária - à argumentação expendida quando do tópico 3.2.

Porém, há outro desdobramento advindo da exigência de lei escrita e que é frequentemente apontado pela doutrina: a exclusão da possibilidade dos costumes serem fonte do direito incriminador. Em outras palavras: sendo o direito positivado, o direito consuetudinário não poderá ser utilizado em prejuízo do réu.

Muito embora a técnica legislativa das leis penais em branco seja constante alvo de críticas, ao menos face a esse desdobramento da exigência de lei escrita, não parece ocasionar maiores problemas. Isso porque tanto a lei penal em branco quanto a complementação advinda da instância não legislativa se realizam, e assim tem de necessariamente ser, de modo escrito.

Ou seja, continuam os costumes privados, tanto na lei penal em branco, quanto no que tange à sua complementação, de criar crimes e penas. Na lei penal em branco ou a proibição está expressamente prevista (de modo escrito), ou não há como efetuar a punição pela existência de costumes. Da mesma forma, na complementação feita pela instância não legislativa, ou há determinação expressa (escrita), ou não se pode estender a punição.

É possível afirmar, inclusive, que nesse ponto as leis penais em branco revelam um prejuízo menor à segurança jurídica do que outra técnica legislativa que costuma com ela ser confundida: os elementos normativos do tipo.

---

<sup>374</sup> Tradução livre: "Dado que la aceptación de la imposición de un castigo si se realiza un cierto comportamiento es, posiblemente, la expresión más evidente de renuncia a la libertad original, resulta lógico que para obtenerla se requiera un acuerdo de quienes representan al soberano (una 'declaración de la voluntad soberana'); esto es, una ley en sentido estricto." CURY, Enrique. **Op. Cit.**, p. 18.

Sim, pois os costumes, conforme demonstrado no Capítulo 1, podem ser utilizados como elemento interpretativo. Os elementos normativos, por sua vez, se caracterizam por depender, para a sua aplicação, de interpretação ou valoração ético-social ou jurídica, por parte do magistrado.

Sendo os elementos normativos do tipo penal expressões que exigem do julgador uma valoração, esta deve ser feita com parâmetros do homem médio, que é condicionado culturalmente em seu tempo e espaço. Somente assim haverá uma possível compreensão do alcance e sentido da norma.<sup>375</sup>

Exigir valoração através “dos parâmetros do homem médio”, condicionado à “cultura, tempo e espaço” é sugerir que seja a interpretação do elemento normativo considere, efetivamente, os costumes (que se caracterizam justamente pela prática constante, geral, uniforme). Assim, é possível dizer que quando a valoração do elemento normativo depender de elemento ético-social aceitam-se os costumes como ampliadores da esfera de punição.

O mesmo, inclusive, pode-se dizer da valoração jurídica, pois, conforme Claus ROXIN, nos casos em que o Direito Penal importa conceitos procedentes de outros campos do Direito, se produz uma recepção ampla e completa de tais conceitos. Assim, nos exemplos mencionados pelo autor, se o conceito de “propriedade” sofre ampliação, pode-se ampliar o delito de furto, do mesmo modo, se há ampliação no conceito de “animal de caça”, consequentemente se amplia o tipo penal de caça furtiva.<sup>376</sup>

Na suma, no que refere à garantia material decorrente da exigência de lei escrita, as leis penais em branco são suscetíveis de críticas tão somente se considerada a necessidade de reserva legal, ou seja, de lei escrita e formal. O confronto coincide, nesse caso, com aquele exposto quando da análise da garantia formal decorrente do princípio da legalidade penal, vez que se questionam as leis penais em branco face à separação dos poderes e à soberania popular (representada pelo Legislativo).

<sup>375</sup> LOPES, Luciano Santos. **Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 133.

<sup>376</sup> ROXIN, Claus. **Op. Cit.**, p. 160.

Já no que tange à proibição de criação de crime e incremento de penas através dos costumes, as leis penais em branco – assim como seus atos complementadores - respeitam o princípio da legalidade penal, não sendo possível estender a sua aplicação a situações que não estejam expressamente previstas (de modo escrito).

### 3.3.3. Lei Penal em Branco e *Lege Stricta*

A garantia material decorrente da exigência de ser a lei penal estrita exclui tanto a incriminação (e a agravação) como a determinação da pena por analogia.

Tal pensamento decorre da seguinte fundamentação: se unicamente a lei, com exclusão de outras fontes normativas, tem legitimidade para decidir sobre e definir qual a incriminação punitiva, ao juiz compete tão somente a aplicação estrita dessa lei, proibindo, assim, uma concreta incriminação para além da legalmente imposta ou que fosse o magistrado decisoramente responsável pela constituição de uma normativa punitiva.<sup>377</sup>

Conforme visto no decorrer do presente estudo, o princípio da separação dos poderes não é visto de modo tão radical quanto quando das conquistas iluministas. Não que não haja respeito ao referido princípio, que continua sendo base do Estado Democrático de Direito, mas o juiz não é, atualmente, mero aplicador da lei. Há tipos abertos, por exemplo, que exigem o seu “fechamento” justamente através da análise de pautas sociais de comportamento, realizada pelo magistrado. Há elementos normativos constantes do tipo penal, os quais são interpretados pelo juiz.

É possível verificar, então, que o Judiciário tem, no que tange às leis penais, posição mais ativa do que quando da consagração do princípio da legalidade. Continua sendo defeso, porém, a incriminação ou o agravamento das sanções através de analogia – sendo essa a principal garantia decorrente da exigência de lei estrita.

---

<sup>377</sup> NEVES, Castanheira. O Princípio da Legalidade Criminal – O seu problema jurídico e o seu critério dogmático. In **Estudos em Homenagem ao Prof. Eduardo Correia**. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 353.

Da mesma forma, o Executivo tem atuação no que refere às leis penais ao elaborar os atos complementadores das leis penais em branco. Tais atos, porém, são subordinados à lei formal, tendo seus limites por esta estabelecidos. Mais, passam a integrar a própria lei penal. Diante dessa consideração, tem-se que é vedada a utilização de analogia *in malam partem* também no que refere ao ato complementador. Tal assertiva revela-se até mesmo dispensável: se o ato complementador integra a lei penal e a lei penal veda a utilização de analogia *in malam partem*, logo, não se admite analogia *in malam partem* para o ato complementador.

Daí a exigência de que o ato complementador preveja de modo exaustivo tudo aquilo que deve ser objeto da lei penal em branco.

É certo que a garantia de lei estrita, decorrente do princípio da legalidade, não é alvo central de críticas por parte daqueles que apontam a inconstitucionalidade da lei penal em branco. Assim como a vedação de incriminação por costume, a proibição de incriminação por uso de analogia continua facilmente respeitada pela referida técnica legislativa.

#### 3.3.4. Lei Penal em Branco e *Lege Certa*

A exigência imposta pelo princípio da legalidade de que seja a lei penal certa garante clareza denotativa e proíbe incriminações indefinidas e obscuras, o que possivelmente implicaria em interpretações lesivas ao indivíduo ou em dificuldade, por parte deste, do conhecimento da exata proibição.

Visa, então, tutelar o cidadão sob duas frentes: a da exata previsibilidade e conhecimento (evitando as surpresas cabíveis em margens de discricionariedade por demais amplas) – ligando-se, aqui, à idéia de prevenção geral negativa - e a da vinculação dos juízes à lei, de modo a não esvaziar a garantia decorrente do princípio da separação dos poderes.

A visão originária do princípio da legalidade exigia, para tanto, um modo de instrumentalizar as leis penais com base em conceitos descritivos,

objetivos e neutros. As leis deveriam ser precisas, simples, congruentes e com critérios de certeza.<sup>378</sup>

O princípio da legalidade interpretado em consonância com a sociedade contemporânea, porém, reconhece que o tipo construído exclusivamente nos moldes iluministas, é, possivelmente, um dos maiores inimigos da flexibilidade e atualização, indispensáveis ao atual Direito Penal.

(...) Outro argumento expendido para justificar certa relativização do mandato de determinação penal é a necessidade de construir uma lei penal capaz de adaptar-se às novas realidades. O legislador, ante ao medo de que sua legislação reste rapidamente defasada pelo avanço social e técnico, vê-se perante o dilema de configurar os tipos de uma forma ampla, que permita incluir condutas nas quais não havia pensado, mas que seriam igualmente merecedoras e precisadas de pena, ou atender ao mandato de determinação e redigir os tipos de forma suficientemente precisa, ainda que correndo tal risco.<sup>379</sup>

Assim, a dogmática penal experimenta, inevitavelmente, sensíveis mudanças, admitindo que a letra da lei não oferece, hoje, mais do que o ponto de partida e o limite máximo da interpretação (e complementação) da norma penal.<sup>380</sup>

Se é certo que o Legislativo não perdeu sua proeminência – sendo que continua sendo o único legitimado à elaboração de leis incriminadoras, por ser o representante do povo –, é certo também que o Executivo e o Judiciário ganharam certa participação através, por exemplo, de tipos abertos, elementos normativos e leis penais em branco. Essa participação, porém, é sempre determinada, direcionada e limitada previamente pelo próprio Legislativo, justa-

<sup>378</sup> YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **Op. Cit.**, p. 641.

<sup>379</sup> Tradução livre: "(...) Outro de los argumentos esgrimidos para justificar cierta relativización del mandato de determinación penal es la necesidad de construir una ley penal capaz de adaptarse a las nuevas realidades. El legislador, ante al miedo de que su legislación quede rápidamente defasada por el desarrollo social y técnico, puede verse ante el dilema de configurar los tipos de una forma amplia que permita incluir conductas en las que no ha pensado pero que serían igualmente merecedoras y necesitadas de pena, o bien, atenerse al mandato de determinación y redactar los tipos de forma lo suficientemente precisa, aunque corriendo tal riesgo." FRÍAS, Irene Navarro. **Op Cit.**, p. 96.

<sup>380</sup> YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **Op. Cit.**, p. 644.

mente no intuito de não esvaziar o conteúdo do princípio da separação dos poderes.

Significa dizer: o princípio da taxatividade guarda, ainda, íntima ligação com o princípio da separação dos poderes. Ao proferir uma lei penal em branco, o Legislativo deverá prever o máximo do preceito em seu bojo. Necessariamente, preverá o núcleo de proibição (condutas proibidas), possibilitando que o Executivo complemente tão somente com dados que viabilizem o cumprimento das funções das leis penais em branco: atualização da lei penal e abordagem de conhecimento técnico.

Mantém o Legislativo, desse modo, o domínio sobre o poder de decidir sobre as condutas puníveis, delegando ao Executivo, ante o reconhecimento da indispensável participação do mesmo, poder (mínimo) na integração ou interpretação dos tipos penais, sempre dentro de um limite pré-estabelecido.<sup>381</sup>

Não é por outra razão que o Tribunal Constitucional Espanhol na repercutida sentença 127/1990 exigiu os seguintes requisitos para o reconhecimento da constitucionalidade das leis penais em branco: que, além do reenvio normativo ser expresso e restar justificado em razão do bem jurídico tutelado, a lei, além de prever a pena, deverá conter o núcleo essencial da proibição e satisfazer a exigência de certeza.<sup>382</sup>

Não se ignora que, mesmo com a exigência de que o Legislativo preveja o núcleo de proibição, direcione e limite a complementação pelo órgão administrativo, que tal regulamentação extralegal tem repercussão direta sobre o âmbito e o limite da tipicidade do delito.<sup>383384</sup>

<sup>381</sup> Conforme estabelece Dulce María Santana VEGA, não há como ignorar que se incorre em menor risco ao conceder um espaço limitado de atuação ao Executivo quando se trata de especificações técnicas e atualização da lei penal, comparado ao que se incorreria com o amplo emprego de fórmulas vagas e indeterminadas, que acabariam desembocando na interpretação mediante o difícil e tortuoso caminho da jurisprudência. VEGA, Dulce María Santana. **Op. Cit.**, p. 25.

<sup>382</sup> Sentencia Tribunal Constitucional, nº 127, de 5 de julho de 1990, Presidente D. Fernando García-Mon y González-Regueral. Disponível em [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es).

<sup>383</sup> BACIGALUPO, Silvina. La necesidad de armonización del derecho sancionador penal y administrativo: principio de legalidad y remisión normativa en leyes penales en blanco. In **Mesas redondas de derecho y economía: política fiscal y delitos contra la hacienda pública**. Madri, 2006, p. 346.

<sup>384</sup> Sendo esse, inclusive, um ponto crucial no discurso dos críticos das leis penais em branco. “O elemento central deste ponto, quer nos parecer, é demonstrar a falibilidade da argumenta-

Isso – aliado ao fato de que, conforme visto, o ato complementador passa a integrar a lei penal em branco – pode levar à consideração de que o próprio ato complementador deve respeito à exigência de clareza e ausência de obscuridade.

Luís Roberto GOMES aponta que no delito disposto no art. 34, *caput*, da Lei 9.605/98, por exemplo, a formulação consiste na expressão “pescar em período no qual a pesca seja proibida”. Pois bem, como a norma administrativa, regulando a pesca na piracema, proíbe a atividade de novembro a fevereiro, esta definição casuística passa a fazer parte do juízo hipotético, que pode assim ser enunciada após a colmatação: “pescar no período de novembro a fevereiro”.<sup>385</sup>

Ora, se a norma complementadora ingressa na esfera penal, tanto na estrutura lógica da norma jurídico-penal, como na proposição imperativa subjacente (proibição), pretendendo ordenar condutas humanas mediante a ameaça de sanção penal, só será admissível se respeitar os princípios penais fundamentais. Caso contrário, colocar-se-ia em risco o núcleo essencial da matéria penal, toda aquela estrutura principiológica que serve de alicerce ao conceito de delito.<sup>386</sup>

Segue o autor mencionando que exemplo comum de violação ao princípio da taxatividade, localizável em diversas portarias do IBAMA, são cláusulas genéricas que estabelecem, por exemplo, que “serão considerados proibidos todos os instrumentos de pesca não permitidos nesta norma”. Isso pois

---

ção que sustenta que através da complementação não se está criminalizando, mas apenas regulamentando aquilo que já fora criminalizado. Senão vejamos. Primeiramente, há que se verificar que admitir tal assertiva seria fechar os olhos à realidade (de que são as normas complementares que dão eficácia à criminalização) e adentrar num puro formalismo, segundo o qual, bastaria ao Estado promulgar uma lei, como por exemplo, “é crime atentar contra os interesses do Estado Brasileiro”, para poder criminalizar qualquer conduta, via regulamento, portaria ou circular. (...) Há que se vislumbrar que a tal argumento deve se somar o próprio entendimento do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual, a lei penal em branco somente pode ser aplicada depois da vigência da norma a que remete o tipo. E, em sendo assim, é claro que a criminalização só se aperfeiçoa com a regulamentação respectiva, sendo as condutas anteriores à regulamentação, atípicas.” ROCHA JÚNIOR, Francisco de Assis do Rêgo. **Op. Cit.**, p. 117.

<sup>385</sup> GOMES, Luís Roberto. Normas penais em branco e acessoriedade administrativa, nos delitos de pesca, à luz da teoria do ordenamento jurídico. In **Ciências Penais**, vol. 13, 2010, p. 10.

<sup>386</sup> **Idem, Ibidem.**

seria inviável transladar-se para a lei penal em branco contida no art. 34, II, da Lei 9.605/98, complemento dessa natureza, sob pena de “se incidir em grave violação ao princípio da legalidade, na vertente da taxatividade-determinação, cuja função garantística limitante do poder punitivo-judiciário é prejudicada pela amplitude indevida da proibição”.<sup>387</sup>

Tal argumento conta com força lógica, mas com dificuldade prática, em alguns casos.<sup>388</sup>

É certo que há situações em que é possível o ato complementador atuar em consonância com o princípio da taxatividade. É o caso, por exemplo, do crime disposto no art. 33 da Lei 11.343/06 ou do crime tipificado no art. 334 do Código Penal. No primeiro caso pode – e deve – o Executivo apresentar um rol taxativo de drogas que configurarão o delito de tráfico. No segundo caso pode – e deve – o Executivo apresentar um rol taxativo de mercadorias proibidas para a importação ou exportação. Não haverá, portanto, maiores problemas em se estender ao ato complementador a exigência do cumprimento da taxatividade imposta à lei penal em branco.

Nesses casos, portanto, em que é possível o cumprimento da taxatividade pelo ato proveniente do Executivo, é legítimo exigir-se tal clareza sob pena de inconstitucionalidade.

Outras situações, por sua vez, simplesmente não comportam o cumprimento do princípio da taxatividade e por duas razões. A primeira é que, por vezes, a lei penal em branco faz remissão a atos complementadores preexistentes, ou seja, remete-se a atos que a administração elaborou previamente não no intuito de complementar uma lei penal em branco, mas de regular determinado setor ou atividade.

Segundo porque não há, por vezes, como exigir que o Executivo, na regulamentação de atividades, atue subordinado às exigências mencionadas, não apenas pelo fato de usualmente os princípios o regerem de modo distinto, mas também e principalmente por não haver como regular determinados seto-

---

<sup>387</sup> GOMES, Luís Roberto. **Op. Cit.**, p. 10.

<sup>388</sup> Para a dificuldade prática, em alguns casos, da exigência de taxatividade no ato complementador, alertou-me o penalista Alaor Leite, em conversa que antecedeu à entrega desse estudo.



res e atividades através de um ato taxativo e sem margens de discricionariedade.

É o caso, por exemplo, das resoluções emitidas pelo Conselho Monetário Nacional e portarias emitidas pelo BACEN (Banco Central do Brasil) que servem de ato complementador para as leis penais em branco constantes da Lei 7.492/86 (que regula os crimes contra a ordem financeira). Tais resoluções e portarias são utilizadas para tratamento de matéria complexa, como é o caso da Resolução 1.996 de 1993, do Conselho Monetário Nacional, que trata de operações financeiras entre empresas e pessoas que exerçam função de relevo nas mesmas. Há como se exigir que tais regulações e portarias cumpram o exigido pelo princípio da taxatividade?

Nesse caso, ao exigir que o ato complementador cumpra a exigência decorrente do princípio da legalidade – clareza e taxatividade em seus termos –, a lei penal em branco perde a própria razão de ser, pois sua flexibilização e atualização dependem justamente da flexibilização e atualização do ato complementador.

Parece, então, que nessas situações é utópica a exigência de que o ato complementador submeta-se a todas as exigências referentes à lei penal, por conta dos desdobramentos do princípio da legalidade. Uma solução aparentemente cabível – e que aqui é citada sem o necessário aprofundamento, apenas para que não haja o simples apontamento do problema – é que o ato complementador seja mais maleável (menos taxativo), no intuito de cumprir suas funções no âmbito da regulamentação da ordem financeira mas que, quando for “importado” para o Direito Penal – ou seja, quando efetivamente for utilizado como complemento de lei penal em branco – as exigências em torno de sua clareza denotativa sejam mais rigorosas.

O Judiciário serviria, nesses casos, como uma espécie de “filtro”, efetuando uma análise mais cuidadosa e exigente em torno de um comportamento que para o âmbito administrativo, por exemplo, se encaixa em um conceito “poroso” constante do ato complementador. Em outras palavras: como o ato complementador, no âmbito administrativo, admite subsunção de condutas em conceitos menos taxativos, o judiciário é que ficaria responsável em anali-

sar – certamente com maiores exigências - a relevância penal de tal comportamento.

Outros requisitos que podem auxiliar no cumprimento da taxatividade por parte das leis penais em branco coincidem com aqueles abordados quando da análise da garantia formal do princípio da legalidade penal e da garantia material decorrente da lei prévia. Isso porque a taxatividade, conforme visto inicialmente, visa à tutela do indivíduo sob dois aspectos: a da exata previsibilidade e conhecimento da lei penal e a da vinculação dos juízes à lei, de modo a não esvaziar o conteúdo do princípio da separação dos poderes.

Portanto, as considerações feitas no tópico 3.2 e 3.3.1 são perfeitamente cabíveis também para garantir – ou ao menos aproximar-se da garantia – a taxatividade das leis penais em branco.

Finalmente, note-se que a exigência de lei certa não garante apenas a descrição pormenorizada e clara a respeito da conduta proibida, mas também se refere à pena imposta. Nesse caso, o legislador é quem deve antever uma pena mínima e uma pena máxima em abstrato, permitindo que o juiz decida tão somente dentro dessas margens, de acordo com critérios também estabelecidos em lei (sistema trifásico da dosimetria penal).

Neste ponto, é possível perceber que a lei penal em branco atende à garantia de taxatividade das penas, vez que, conforme visto no Capítulo 2 do presente estudo, as leis penais em branco ao revés não são, em verdade, consideradas leis penais em branco. Ao fixar o preceito de modo completo e permitir que apenas a pena seja o “branco” da lei penal, o legislador não busca, é certo, os fundamentos que justificam a existência das leis penais em branco o que, por si só, já desnatura tal técnica legislativa.

## CONCLUSÃO

“*Zeitgeist*” ou “espírito do tempo”. O reconhecimento de que o direito está, implacavelmente, acompanhado de um quadro filosófico, social e cultural, constitui o primeiro passo.

O princípio da legalidade tem sua base ideológica traçada no Iluminismo do Séc. XVII e XVIII. Este movimento significou a ruptura com o modelo social teocêntrico que justificava o poder ilimitado do Estado, representado por monarcas absolutistas.

O Renascimento trouxe o indivíduo ao centro do mundo. O pensamento cartesiano (“penso, logo existo”) incurtiu a sensação de que o homem não precisava de mais nada – além dele mesmo – para existir. O Estado, assim, não podia existir por outra razão que não a própria vontade humana. E, com essa marca indelével, foi formulada a teoria liberal do contrato social.

O indivíduo torna-se contratante no claro objetivo de obter a proteção de seus direitos (individuais): a tríade vida, liberdade e propriedade. Para limitar a atuação do Estado apenas ao que lhe interessa, lança mão do princípio da legalidade: impõe-se, através deste, o respeito à divisão dos poderes e à soberania popular e garante-se a vinculação do judiciário e do executivo pelo estabelecimento de leis prévias, escritas, estritas e certas.

Estão constituídas as garantias irrenunciáveis do princípio da legalidade. A garantia formal, ou política, estabelece que tão somente o povo - através do poder legislativo, seu representante legítimo – é que determinará quais são as condutas merecedoras de restrição da sua própria liberdade. No Brasil, garante-se que a verdadeira fonte de proibições penais será a lei ordinária federal, justamente pelo fato desta vir marcada inegavelmente pela representatividade popular, conforme estabelece o art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal.

A garantia material decorrente da exigência de que haja uma lei prévia redundante, primordialmente, em segurança jurídica, através do princípio da anterioridade. O cidadão conhecerá (ou poderá conhecer), de modo prévio, quais condutas são proibidas e, mais, qual exatamente é a consequência jurídica advinda da prática destas.

Garante-se também, pelo princípio da irretroatividade da lei mais maligna, que o cidadão não terá suas condutas alcançadas por criminalizações posteriores. Porém, se houver promulgação de lei mais benigna – o que significa uma nova concepção por parte do legislativo -, esta irá retroagir no intuito de beneficiar aquele que recebeu a aplicação da pena mais gravosa. Excetuam-se, aqui, os casos de ultratividade advindos das Leis Temporárias e Excepcionais, constantes do art. 3º do Código Penal.

A garantia material decorrente da imposição de ser a lei escrita, exclui o direito consuetudinário como fonte do direito incriminador. Resguarda-se, porém, aos costumes, a função interpretativa e integradora e o papel de fonte do direito quando para beneficiar o réu, sendo estes os protagonistas do princípio da adequação social.

A lei deve, ainda, ser estrita, o que garante a impossibilidade de utilização de analogia – salvo se para beneficiar o réu.

Finalmente, o princípio da legalidade penal impõe que deve a lei ser certa, o que veda a previsão de incriminações obscuras e indeterminadas que dificultem o conhecimento exato acerca da proibição e favoreça punições interessadas ou arbitrárias.

O discurso iluminista, pode-se dizer, preparou o clima revolucionário que culminou na Revolução Francesa comandada pela burguesia – e seu conveniente discurso de liberdade, igualdade e fraternidade. Fim do Antigo Regime e início da sociedade capitalista, mais tarde impulsionada através da Revolução Industrial e cujo ápice encontrou com a sua herdeira única, a Revolução Tecnológica.

A sociedade contemporânea não se caracteriza tão somente pelo auge do capitalismo.

Na esfera filosófica, exprime-se através da filosofia da linguagem. Fundada na noção de mundo através da ação comunicativa, exige para sua configuração ao menos dois atores: um emissor e um receptor, impondo-se, assim, a percepção do outro e conquista da alteridade. No Direito (Penal) a repercussão da filosofia da linguagem se revela no fortalecimento da tutela de bens jurídicos transindividuais.

No âmbito sociológico, traços peculiares caracterizam essa sociedade de “de riscos”, “pós-moderna”, “tecnológica”, dentre os quais se destaca a mudança das agências de poder. A sociedade assenta, hoje, sobretudo no mercado de consumo e de informação: quem detém ambos, detém o poder. Com isso, o Estado progressivamente perde o seu poder (territorial e público) para as grandes corporações (transnacionais e privadas).

É com este cenário como pano fundo que se deve analisar a técnica legislativa percebida já no séc. XIX por BINDING e utilizada em larga escala no séc. XXI: as leis penais em branco.

Na impossibilidade de se apresentar um conceito prévio de lei penal em branco – justamente pela doutrina (assim como a jurisprudência) ser não apenas precária mas também contraditória, neste ponto, além de constantemente confundir tal técnica legislativa com tipos abertos e elementos normativos – busca-se delimitar sua conceituação através da análise especialmente de suas razões de ser e de suas características primordiais.

As leis penais em branco fundamentam-se por possibilitar, a um, a flexibilização e a atualização da lei penal. Há setores da vida social, que, por sua natureza dinâmica (fortemente condicionados por circunstâncias histórico-sociais concretas) exigem leis penais de conteúdo mais flexível, sob pena de, independente do esforço legislativo, inevitavelmente ocorrer a promulgação e a obsolescência quase simultâneas.

Os mencionados setores sociais são, em regra, os que fazem alusão a bens jurídicos cujos conceitos se compõem essencialmente de condições normativizadas. Em outras palavras, bens jurídicos altamente formalizados e que têm, não por acaso, a natureza coletiva e difusa própria da sociedade contemporânea.

O segundo fundamento das leis penais em branco reside na impossibilidade de conhecimento técnico, específico e aprofundado, por parte do legislador, acerca dos complexos bens jurídicos tutelados.

Com base nas duas razões que justificam a existência das leis penais em branco, buscou-se delimitar as suas características essenciais. Concluiu-se que as leis penais em branco necessariamente são tipificadoras de delitos e que prevêm, necessariamente, a sanção penal e a parte possível do preceito – só se justificando, portanto, a remissão da parte (mínima) do preceito que venha a possibilitar a flexibilização, atualização e utilização de conhecimento verticalizado.

As remissões realizadas pelas leis penais em branco têm, também e sempre no intuito de cumprir o que as justifica, de ser dinâmicas e provenientes de instância não legislativa. As remissões a instâncias legislativas não possibilitam – visto a burocracia e lentidão próprios do trâmite legislativo – o cumprimento das funções inerentes às leis penais em branco. Visam, aparentemente, economia legislativa, constituindo, portanto, modalidade diversa de técnica legislativa.

O ato complementador, em homenagem ao caráter federativo e unitário do Brasil, tem de possuir caráter federal. Ademais, os atos administrativos complementadores devem contar com natureza geral, uma vez que a complementação por atos administrativos individuais desnaturam as leis penais em branco, pela completude do preceito (a matéria de proibição pode ser completamente auferida da simples leitura do tipo penal).

Efetuada a delimitação da técnica legislativa das leis penais em branco, impõe-se analisar a sua (in) compatibilidade com o princípio da legalidade penal, considerando, como não poderia deixar de ser, o “espírito do tempo” da sociedade que guarda tal confronto.

Assim, conclui-se que as leis penais em branco não são, de plano, constitucionais. Mas podem ser. Implica dizer: por ser um “mal necessário” deve-se partir do pressuposto de que são as leis penais em branco inconstitucionais e tão somente com a observância de requisitos legitimadores é que conquistam o seu caráter de constitucionalidade.

O primordial quesito legitimador – e aí reside, possivelmente, até uma certa ironia diante da escolha do tema abordado – é a absoluta necessidade da lei penal em branco. Isto é, o princípio que pode, de fato, filtrar a constitucionalidade desta técnica legislativa é o da intervenção mínima.

Os demais quesitos que garantem constitucionalidade às leis penais em branco residem na máxima (possível) observância das garantias (formal e materiais) decorrentes do princípio da legalidade penal.

É o caso da previsão, por parte do Legislativo, do preceito na lei penal em branco, remetendo à complementação tão somente o estritamente necessário à flexibilização, atualização da lei ou a matéria exigente de conhecimento técnico-específico. Desse modo, o Legislativo continua sendo o verdadeiro detentor do poder decisório sobre condutas penalmente puníveis – guiando e impondo limites aos atos que complementam a lei penal em branco.

Ainda, da remissão expressa na lei penal em branco, que serviria como um “convite à informação” do interessado na matéria abordada e da cláusula de remissão inversa no ato complementador. Da publicação conjunta da lei penal em branco e ato complementador em Diário Oficial e da vedação a remissões sucessivas. Do modo escrito e estrito do ato complementador, que continuam inadmitindo a utilização de analogias e costumes no intuito de criar ou agravar incriminações.

Finalmente, é o caso do ato complementador, sempre que possível for, sujeitar-se à exigência de taxatividade. Diante da impossibilidade – pela complexidade e inconstância da matéria -, que o Judiciário funcione, quando da importação do ato complementador para o Direito Penal, como instrumento harmonizador da indeterminação conceitual permitida (e exigida) nos atos administrativos e da taxatividade imposta pelo princípio da legalidade penal.

Não se pode, portanto, hastear de pronto a bandeira de inconstitucionalidade das leis penais em branco. Nem tampouco a de constitucionalidade. Uma interpretação contemporânea do princípio da legalidade penal admite-as como um “mal necessário”. Sendo um mal, são absolutamente excepcionais – devendo clara satisfação ao princípio da intervenção mínima -, e sendo necessárias, essencial a (tentativa de) imposição de requisitos que visem o máximo

respeito ao princípio que ainda é pedra angular do Estado Democrático de Direito: o da legalidade penal.



## REFERÊNCIAS

AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea** – dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

AMARAL, Cláudio do Prado. **Princípios Penais – Da legalidade à culpabilidade**. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao capítulo VI do livro XI de O Espírito das Leis. In **Revista dos Tribunais**, vol. 868, 2008.

AMÊNDOLA NETO, Vicente. **Princípio da Legalidade**. Campinas: Julex, 1997.

AQUINO, Rubim Santos Leão de. **História das sociedades: das sociedades modernas às sociedades atuais**. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1995.

ASSIS TOLEDO, Francisco. **Princípios Básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal económico**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

BACIGALUPO, Enrique. **Justicia Penal y Derechos Fundamentales**. Barcelona: Marcial Pons, 2002.

BACIGALUPO, Silvina. La necesidad de armonización del derecho sancionador penal y administrativo: principio de legalidad y remisión normativa en leyes penales en blanco. In **Mesas redondas de derecho y economía: política fiscal y delitos contra la hacienda pública**. Madrid, 2006.

BAKHTIN, Mikhail. **Marxismo e Filosofia da Linguagem**: Problemas fundamentais do Método Sociológico na Ciência da Linguagem. São Paulo: Hucitec, 1995.

BALCARCE, Fabián I. **Derecho Penal Económico – Parte General, Tomo I**. Córdoba: Editorial Mediterranea, 2003.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BECK, Ulrich. **La Sociedad del Riesgo Global**. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2002.

BELEZA, Teresa Pizarro. COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da. **O regime legal do erro e as normas penais em branco**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco. In **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº 61, 2006.

BRANDÃO, Claudio. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

BRANDÃO, Claudio. **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Coord. Claudio Brandão, Francisco Cavalcanti e João Maurício Adeodato. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal. Parte Geral. Tomo 1º**. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal e Ação Significativa**: Uma análise da função negativa do conceito de ação em Direito Penal a partir da Filosofia da linguagem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BUSATO, Paulo César. O Direito Penal e os Paradigmas da Revolução Tecnológica. In **Reflexões sobre o Sistema Penal do Nosso Tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BUSATO, Paulo César. HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal – Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CABRAL, Plínio. **A Falência do Estado Moderno**. São Paulo: Escrituras, 2005.

CÂMARA, Guilherme Costa. Beccaria e o Pensamento Jurídico – Criminal. In **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 44, 2003.

CARVALHO, Américo A. Taipa de. **Sucessão de Leis Penais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

CARVALHO, Érika Mendes de. Limites e alternativas à administrativização do direito penal do ambiente. In **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 92, 2011.

CAVERO, Percy García. **Derecho Penal Económico. Parte General**. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2007.

CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**. Coimbra: Livraria Almedina, 1968.

COSTA, Leonardo Luiz de Figueiredo. **Limites Constitucionais de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CURY, Enrique. **La ley penal en blanco**. Bogotá-Colômbia: Temis, 1988.

DAL RI JÚNIOR, Arno. **Iluminismo e Direito Penal**. Florianópolis: Boiteux, 2008.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. Garantismo, Legalidade e Interpretação da Lei Penal. In **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 67, 2007.

DESLMAS-MARTY, Mireille. **Os Grandes Sistemas de Política Criminal**. São Paulo: Manole, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal – Parte Geral. Tomo I**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. In **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 33, 2001.

ESPINAR, José Miguel Zugaldía. **Fundamentos de Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993.

FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, sociedade de risco e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns**. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FEUERBACH, Anselm. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FIERRO, Guillermo J. **Legalidad y Retroactividad de las Normas Penales**. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.

FLETCHER, George P. **Conceptos Basicos de Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FRÍAS, Irene Navarro. **Mandato de Determinación y Tipicidad Penal**. Estudios de Derecho Penal y Criminología. Granada: Comares, 2010.

FULLER, Greice Patrícia. A Contemporaneidade do pensamento de John Locke no contexto do século XXI. In **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 49, 2004.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Derecho Penal – Parte General**. Madrid: Jurista Editores, 2009.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal, Vol. 1, Tomo I**. São Paulo: Max Limonad, 1975.

GIACOMOLLI, Neureu José. O princípio da legalidade como limite do ius puniendi e proteção dos direitos fundamentais. In **Direito Penal em Tempos de Crise**. Org. Lenio Luiz Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GIDDENS, Anthony. **As Consequências da Modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991.

GOMES, Luiz Flavio. A Lei Formal como Fonte Única do Direito Penal (incriminador). In **Revista dos Tribunais**, vol.656, 1990.

GOMES, Luiz Flavio e YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **As grandes transformações do direito penal tradicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Luiz Roberto. Normas penais em branco e acessoriedade administrativa, nos delitos de pesca, à luz da teoria do ordenamento jurídico. In **Ciências Penais**, vol. 13, 2010.

GOMES, Mário Soares Caymmi. Crise do Conceito de Legalidade: Aproximações. In **Revista de Direito Privado**, vol.21, 2005.

GRECO, Luís. A relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo no Direito Penal Ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. In **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: IBCCRIM, vol. 58, 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. 12ª ed. Rev. Amp. Atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

GUARAGNI, Fábio André. A Função do Direito Penal e os “Sistemas Peritos”. In **Crimes contra a Ordem Econômica: temas atuais de processo e direito penal**. Coords. Luiz Antonio Câmara e Fábio André Guaragni. Curitiba: Juruá, 2011.

GUARAGNI, Fábio André. Da Tutela Penal de Interesses Individuais aos Supraindividuais: Dialogando com Beccaria. In **Ler Beccaria Hoje**. Org. Paulo César Busato: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GUARAGNI, Fábio André. Do Direito Penal do Trabalho ao Poder Penal do Trabalho. In **Do empregado pelo empregador: procedimentos lícitos e ilícitos**. Coord. Eduardo Milleu Baracat. Curitiba: Juruá, 2008.

GUARAGNI, Fábio André. **Norma penal em branco, elementos normativos do tipo e remissões a atos concretos de autorização administrativa: o panorama político-criminal comum, distinções e repercussões relativas ao princípio da reserva legal**. Trabalho inédito. Curitiba: 2012.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal – Parte General**. Berlin: Duncker u. Humblot, 1988.

JESUS, Damásio E. de. **Normas Penais em Branco, Tipos Abertos e Elementos Normativos**. Disponível em <http://jus2.uol.bom.br/doutrina/texto.asp?id=2286>

LEIRIA, Antônio José Fabrício. **Teoria e Aplicação da Lei Penal**. São Paulo: Saraiva, 1981.

LOBATO, José Danilo Tavares. Acessoriedade administrativa, princípio da legalidade e suas (in) compatibilidades no direito penal ambiental. In **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 83, 2010.

LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo Civil**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

LOPES, Luciano Santos. **Os elementos normativos do tipo penal e o princípio constitucional da legalidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MACHADO, Miguel Pedrosa. Breve Confronto entre Normas Penais em Branco e Tipos Penais Abertos. In **Livro de Estudos Jurídicos**, nº 11. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1995.

MARQUES. José Frederico. **Tratado de Direito Penal. Vol. I.** São Paulo: Edição Saraiva, 1964.

MAURACH, Reinhart. **Derecho Penal. Parte General.** Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994.

MAYRINK DA COSTA, Álvaro. **Direito Penal – Parte Geral.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal – Parte General –** Barcelona: Editorial Reppertor, 2010.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis.** São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Maurício Zanoide de. O problema da Tipicidade nos Crimes contra as Relações de Consumo. In **Direito Penal Empresarial.** Coord. Heloisa Estelita Salomão. São Paulo: Dialética, 2001.

MUNHOZ, Francisco de Assis. O princípio da legalidade no sistema constitucional e no sistema tributário. In **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 26, 1999.



MUÑOZ CONDE, Francisco. BUSATO, Paulo César. **Crítica ao direito penal do inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NERCELLAS, Marta E. **Derecho Penal Económico y Leyes Penales en Blanco**. In **Derecho Penal Económico – Tomo I**. Coord. Ramiro E. Rubinska, Daniel Schurjin Almenar. Buenos Aires: Marcial Pons, 2010.

NEVES, Castanheira. O Princípio da Legalidade Criminal – O seu problema jurídico e o seu critério dogmático. In **Estudos em Homenagem ao Prof. Eduardo Correia**. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

NILO, Batista. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

PAIS, Antonio Doval. **Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

PAVÓN, Pilar Gomes. Cuestiones actuales del derecho penal econômico: el principio de legalidad y las remisiones normativas. In **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol.48, 2004.

PIERANGELI, José Henrique. A Norma Penal em Branco e a sua Validade Temporal. In **Escritos Jurídicos-Penais**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 1999.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Volume I – Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RAMIREZ, Juan Bustos. **Manual de Derecho Penal – Parte General**. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1989.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **A Inconstitucionalidade no “Direito Penal Do Terror”**. Curitiba: Juruá Editora, 1991.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de Processo Penal norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

REALE JUNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o princípio da legalidade no direito penal e o estado democrático de direito. In **Revista dos Tribunais**, vol. 847, 2006.

ROCHA JÚNIOR, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. (A Inexistência de) Controle de Constitucionalidade das Leis Penais em Branco: Causas e Consequências. In **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil**, Jan/Dez 2007.

ROSATTI, Horacio Daniel. Teorías sobre el origen y justificación del Estado. In **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 35, 2001.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General, Tomo I – Fundamentos: La Estructura de La Teoria del Delito**. Madri: Civitas, 2007.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade. In **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 85, 2010.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Constituição, Democracia e Legalidade. In **Princípio Da Legalidade: Da Dogmática Jurídica à Teoria Do Direito**. Coord. Cláudio Brandão, Francisco Cavalcanti, João Maurício Adeodato. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. Rev. Amp. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

SCHUNEMANN, Bernd. Las Reglas de la Técnica en Derecho Penal. In **Obras, Tomo II, Colección Autores de derecho penal**. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2009.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA SANCHÉZ. Jesús-Maria. **A Expansão do Direito Penal – Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco: Aspectos Críticos e Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

TIEDEMANN, Klaus. La técnica legislativa del Derecho penal econômico. In **Derecho Penal y Nuevas Formas de Criminalidad**. Peru: Grijley, 2007.

TIEDEMANN, Klaus. La ley penal em blanco: concepto y custiones conexas. In **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 37, 2002.

TOZZINI, Carlos A. El Principio de Legalidad. In **El penalista liberal**. Coord. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

VALLEJO, Jaen Manuel. **Principios Constitucionales y Derecho Penal Moderno** – Estudios Sobre Cuestiones de Especial Relevancia Constitucional. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999.

VEGA, Dulce María Santana. **El Concepto de Ley Penal en Blanco**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000.

YACOBUCCI, Guillermo Jorge. La transformación de la legalidad penal como desafío del nuevo siglo. In **Los Desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI** – libro homenaje al profesor Dr Gunther Jakobs. Peru: Ara Editores, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Derecho Penal – Parte General**. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIRANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Tratado de Derecho Penal – Parte General I**. Buenos Aires: Sociedad Anonima Editora, 2006.



